

George Marmelstein Lima

**O DIREITO
FUNDAMENTAL À AÇÃO**

FORTALEZA

1999

GEORGE MARMELSTEIN LIMA

O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

O direito de ação, o acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional à luz de uma adequada e atualizada teoria constitucional dos direitos fundamentais

"A justiça é o pão do povo.
Às vezes bastante, às vezes pouca.
Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim.
Quando o pão é pouco, há fome.
Quando o pão é ruim, há descontentamento.

Fora com a justiça ruim!
Cozida sem amor, amassada sem saber!
A justiça sem sabor, cuja casca é cinzenta!
A justiça de ontem, que chega tarde demais!
Quando o pão é bom e bastante
o resto da refeição pode ser perdoado.
Não pode haver logo tudo em abundância.
Alimentado do pão da justiça
Pode ser feito o trabalho
De que resulta a abundância.

Como é necessário o pão diário
É necessária a justiça diária.
Sim, mesmo várias vezes ao dia.

De manhã, à noite, no trabalho, no prazer.
No trabalho que é prazer.
Nos tempos duros e nos felizes.
O povo necessita do pão diário
Da justiça, bastante e saudável.

Sendo o pão da justiça tão importante
Quem, amigos, deve prepará-lo?
Quem prepara o outro pão?

Assim como o outro pão
Deve o pão da justiça,
Ser preparado pelo povo.

Bastante, saudável, diário".

PREFÁCIO

Os poetas parnasianos cultuavam a forma ao extremo. A produção literária desses poetas era, como dizia Bilac, uma *profissão de fé, que invejava o ourives ao escrever, torcendo, aprimorando, alteando, limando a frase, na busca da Serena Forma, em prol do Estilo*. A estética era tudo. Nada importava que fosse vazio o conteúdo, se a *estrofe cristalina, dobrada ao jeito do ourives, saísse da oficina sem um defeito*. A simples descrição de um *Vaso Grego*, por exemplo, exigia do poeta todo o seu talento, que criaria um dos mais belos Sonetos em Língua Portuguesa, mas que, no fundo, trazia nenhuma substância. A norma era "reduzir sem danos a fôrmas a forma", como o sapo-boi de Manuel Bandeira.

No outro extremo literário, apareciam, décadas depois, os dadaístas, para quem o objetivo era destruir a forma ou qualquer espécie de ordenação lógica. Para os poetas dadaístas havia, contra tudo e contra todos, "um grande trabalho destrutivo, negativo, a executar" (Tristan Tzara, no seu *Manifesto Dadá 1918*). Ser "dadá" era, antes de tudo, ter como princípio abominar todos os princípios: era um verdadeiro anarquismo poético.

Se fôssemos buscar um meio termo entre esses dois movimentos pendulares, teríamos uma espécie de poeta romântico. Não os românticos de segunda geração, "mal do século", com suas poesias impregnadas de egocentrismo, negativismo, pessimismo e dúvidas; mas uma evoluída geração "condoreira", para quem a forma poética seria apenas um meio de propagar suas idéias libertárias, através *desta selvagem, livre poesia*. A estética não seria um fim em si mesmo: o importante era bradar contra o escravismo e todas as formas de aprisionamento humano. Viva liberdade!, era o lema, afinal *a praça é do povo como o céu é do condor*.

E o que teria tudo isso a ver com esta obra? O que estas elocubrações literárias estão fazendo em um livro que versará sobre o direito de ação, um tema eminentemente jurídico? É o que se verá.

Fazendo uma simbólica comparação, pode-se dizer que há três espécies de juristas: os parnasianos, os dadaístas e os românticos.

O jurista parnasiano seria aquele jurista tradicional, que cultua a lei até as últimas conseqüências. No campo processual, o processo seria um fim em si mesmo, completamente abstrato e autônomo. As formas, para este operador do direito, deveriam ser sempre e sempre observadas, mesmo que em sacrifício a um valor superior; afinal, para ele o valor não existiria na norma. Não haveria espaço para liberdade. A solução jurídica do caso concreto havia de se pautar nos estritos limites da lógica formal de subsunção dos fatos à norma (leia-se: à lei). O juiz seria meramente a "boca da lei". Uma sentença prolatada por um jurista desta espécie seria esteticamente perfeita: um relatório minucioso, uma fundamentação com vastas citações de leis e regulamentos que sustentariam a convicção do juiz e um dispositivo incisivo, retirado de um modelo de um livro qualquer. Uma bela e objetiva sentença, sem dúvida, mas completamente vazia, destituída de qualquer espírito de justiça, completamente imune a paixões e sentimentos sociais. Se para o poeta parnasiano a Língua Portuguesa seria "inculta e bela", para o jurista desta espécie a Lei poderia até ser injusta, mas seria segura como uma corrente, e, dessa forma, o juiz deveria ser seu fiel executor, sob pena de institucionalizar o caos. Por isso mesmo, a forma, ou melhor, a lógica formal teria assim sepultado o Direito, aprisionando a criatividade do jurista como uma algema, tornado-o escravo da lei.

Já para o jurista dadaísta, não haveria limites. *A lei? Que lei? Essa lei desses parlamentares corruptos? Essa a gente não aceita. E se não aceitamos esta, não aceitamos lei alguma. Nossas veleidades devem prevalecer, pois somos os senhores da razão. Somente nós sabemos o que é justiça. Somos, portanto, absolutamente livres para dizer o que é o direito.* Este seria, hipotética e exageradamente, o discurso de um "jurista dadá". O juiz, então, julgaria conforme sua própria vontade, ou melhor, seu arbítrio, jogando no lixo qualquer possibilidade de solução racional e minimamente objetiva.

E o jurista "romântico", o "condoreiro", como seria? Este saberia impor à sua criatividade limites objetivos e racionais. A Constituição seria a sua "musa inspiradora". Mas esta musa não seria tal quais aquelas dos românticos de outrora, intangível e idealizada. Pelo contrário, seria uma musa quase "realista", com seus defeitos e imperfeições e que, por isso mesmo, deveria estar em constante estado de aperfeiçoamento. O culto à lei não mais prevaleceria de forma absoluta; afinal, este jurista já tem uma paixão: a Carta Magna. A lei, porém, teria o seu valor, qual o de dar um norte ou um auxílio ao operador do direito, sem esvaziar a sua criatividade. Se essa norma infraconstitucional não servisse para dar mais efetividade à Constituição, não serviria ela para mais nada. Haveria, desta forma, uma "obcecada preocupação" em concretizar as garantias que a Constituição oferece, para que não fiquem em meras promessas vazias. A sentença "romântica" seria realmente uma *sentença*, ou seja, um *sentir*, onde a vontade de fazer justiça ao caso concreto circularia como sangue nas veias do juiz. Esse magistrado saberia mesclar com perfeição seu subjetivismo, que é inafastável, e o objetivismo necessário a garantir toda a racionalidade exigida pelo direito. Como os poetas condoreiros, os juristas desta espécie também teriam na liberdade a sua pedra de toque, mas com um outro nome: a libertação. E não apenas isto: a igualdade, ou melhor, a *igualização* seria a meta. Da mesma forma, a fraternidade, a solidariedade, enfim, todos os valores consagrados constitucionalmente.

Se tentássemos nos "encaixar" em uma das três espécies de juristas acima citadas, não hesitaríamos em dizer que somos românticos. Temos na construção de uma verdadeira democracia constitucional o nosso sonho, nossa busca idealizada. Mesmo arriscando a incorrer em paradoxo, podemos dizer que o subjetivismo do jurista, dentro dos limites imposto pela Constituição, deve ser ilimitado. A lei não pode aprisionar o operador do direito, que estaria, contudo, numa constante "liberdade condicional", onde a observância dos princípios constitucionais seria a condição imposta à sua liberdade. A Constituição acima de tudo, este seria o nosso grito de guerra.

Este livro manifesta alguns desses "sentimentos" que circulam nas veias dos juristas românticos. Ele é fruto de uma paixão desenfreada pela democracia e resultado de uma enorme crença na força normativa da Constituição.

Temos a consciência, porém, de que não basta "sentir", ficar "suspirando" como os poetas de antigamente. Sonhar é importante, mas não suficiente. É preciso fundamentalmente "agir". Agir para dar vida à Constituição. Agir para fazer valer os princípios consagrados na Lei Fundamental. Agir para concretizar os direitos fundamentais. À ação, portanto!

SUMÁRIO

PREFÁCIO	4
1. INTRODUÇÃO	10
2. O PROCESSO E A CONSTITUIÇÃO	17
3. O ACESSO À JUSTIÇA: ABRINDO AS PORTAS DO PODER JUDICIÁRIO	29
4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	46
4.1. Os subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito	50
4.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil	52
4.3 O princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais.....	58
5. O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO	66
6. LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO.....	80
6.1. Limitações decorrente de normas constitucionais	81
6.1.1. A Justiça Desportiva	81
6.1.2. As punições disciplinares militares	88
6.2. Limitações decorrentes da "doutrina" e da "Jurisprudência" ...	95
6.2.1. O mérito do ato administrativo	96
6.2.2. Os atos " <i>interna corporis</i> "	104
6.2.2. A possibilidade de controle jurisdicional dos requisitos da medida provisória.....	113
6.3. Limitações decorrentes de normas infraconstitucionais analisadas à luz do princípio da proporcionalidade.....	119

6.3.1. As condições da ação como limites ao exercício do direito fundamental à ação.....	120
6.3.2. A problemática do depósito prévio nos embargos e em outras ações (anulatória de débito fiscal, ação rescisória <i>etc</i>)....	127
6.3.3. O prazo decadencial de 120 para a propositura do mandado de segurança.....	136
6.3.4. O prévio exaurimento da instância administrativa para a propositura do mandado de segurança e outras ações.....	140
6.3.5 A perempção e o direito fundamental à ação.....	150
6.3.6 As custas processuais (o princípio da gratuidade da justiça).....	152
7. O DIREITO DE AÇÃO E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE..	158
7.1. A instrumentalidade do processo.....	159
7.2. A tutela jurisdicional adequada.....	161
7.4. A litigiosidade contida e a tutela dos direitos individuais homogêneos em matéria fiscal.....	163
8. PARA CONCLUIR.....	171
BIBLIOGRAFIA.....	177

1. INTRODUÇÃO

*"Basta de covardia! A hora soa... (...)
E vós cruzais os braços... Covardia!
E murmurais com fera hipocrisia:
- É preciso esperar...
Esperar? Mas o quê? Que a populaça,
Este vento que os tronos despedaça,
Venha abismos cavar?
Ou quereis, como o sátrapa arrogante,
Que o porvir, n'ante-sala, espere o instante
Em que o deixeis subir?!
Oh! parai a avalanche, o sol, os ventos,
O oceano, o condor, os elementos...
Porém nunca o porvir!" Castro Alves, Estrofes do
Solitário*

Durante muito tempo, o direito de ação foi estudado e analisado pelos juristas sob uma ótica exclusivamente processual. Pouco ou nada tratavam dele os estudiosos do Direito Constitucional. A ação era um típico instituto da Teoria Geral do Processo, quase sempre restrita à simples faculdade de instaurar o processo, normalmente através do pedido do autor, que seria o ato concreto e formal de exercitar a ação.

Na atualidade, alçada à condição de direito fundamental, a ação passou a ser analisada também por constitucionalistas ou - o que já constitui um grande avanço - continuou a ser estudada pelos processualistas, mas sob um ângulo constitucional. Fala-se, em consequência disso, não mais em um direito de ação, mas em um *direito fundamental à ação*, com um conteúdo bem mais amplo, que abrange não somente a possibilidade de instauração do processo, mas também “abarca uma série extensa de faculdades cujo exercício se considera necessário, em princípio, para garantir a correta e eficaz prestação da jurisdição” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas*. p. 13). Essas faculdades a que alude o processualista são, por exemplo, o direito de

produzir prova, o direito de sustentar suas razões, o direito de influir sobre a formação do convencimento do Juiz, enfim o ***direito de participar dialeticamente na busca da solução justa ao caso concreto***.

Para aqueles que nunca tiveram contato com a *teoria jurídica dos direitos fundamentais*, pode parecer que qualificar um direito de "fundamental" não possui maiores conseqüências práticas, salvo a de considerá-lo um direito "um pouco" superior aos demais, dada sua hierarquia constitucional. Ledo engano. Como será demonstrado no presente trabalho, é de crucial importância (prática e teórica) "levar a sério" o direito de ação como um verdadeiro *direito fundamental*.

A partir do instante em que uma determinada garantia ou um determinado direito adquire o *status* de direito fundamental, essa garantia ou direito passa a ter uma *força jurídica máxima e potencializada*, "num âmbito de alto teor material de juridicidade", graças à fórmula do §1º, art. 5º da CF/88 ("as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"). Cumpre, com isso, ao jurista, buscar, da melhor maneira possível, a máxima otimização do preceito, mesmo que, para tanto, tenha que decidir *contra legem*; afinal, não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais, na clássica passagem de KRÜGER (*apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. p. 73). Em outras palavras: o magistrado, para efetivar os preceitos constitucionais, não precisa pedir licença a ninguém.

De acordo com a lição de MARCELO LIMA GUERRA: "uma das principais características da especial força jurídica (positividade) que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata. Por tal característica se deve entender que, no atendimento concreto do juiz a exigências que se lhe revelam indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental pode (e deve) ocorrer independentemente e mesmo contra a lei

infraconstitucional" (*Antecipação de Tutela no Processo Executivo*).

Com isso, entronizando o **direito subjetivo** de ação, isto é, colocando-o no ápice do ordenamento jurídico, como **elemento fundamental da ordem constitucional objetiva**, toda a atividade interpretativa em que esteja envolvida a aplicabilidade deste direito há de se pautar sobre os critérios da hermenêutica constitucional, sempre com vistas à sua otimização máxima (princípio da efetividade das normas constitucionais ou da máxima aplicabilidade). Referido princípio, ligado ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, segundo J. J. GOMES CANOTILHO, “pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” (*apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...*, p. 220). Assim, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua ‘perfeição’, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa” (VIEIRA DE ANDRADE, *apud* GUERRA, Marcelo. *Antecipação de tutela no processo executivo*).

Com essa mudança de paradigma, na qual os direitos fundamentais tornam-se as bússolas do intérprete, situando-se no topo da hierarquia constitucional, a ação, doravante com essa qualidade de direito fundamental, deixa de ser mera aspiração político-formal para

se transverter num instituto valorativo **com uma dimensão de juridicidade máxima**, que, por si só, ou seja, independentemente da integração normativa por parte do legislador infraconstitucional, há de iluminar toda Nova Hermenêutica.

A interpretação-aplicação da norma garantidora do direito de ação, em razão mesma de sua fundamentabilidade, deixa de ser uma atividade meramente dedutiva, baseada na lógica-formal de subsunção dos fatos às normas, tornando-se essencialmente indutiva, empírico-dialética, onde se aplicam com frequência o princípio da proporcionalidade, a lógica do razoável de RECASÉNS SICHES, a Tópica de VIEWEHG, e que gera conceitos novos quais os de “concordância prática” e “concretização”. A propósito, nem mesmo seria tão correto falar-se em “interpretar” o direito fundamental de ação. Melhor seria dizer: densifica-o para *concretizá-lo*.

Concretizar o direito fundamental, seguindo a lição de CANOTILHO, é fazer com que ele chegue até a norma de decisão, ou seja, é fazer com que o direito “construa” a norma jurídica concreta, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos-constitucionais) a normas concretas de decisão (contextos jurídicos-decisionais). Em outras palavras, *concretizar* significa dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos do decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 558). *Densificar*, por sua vez, significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto.

É de grande importância ter em mente que a densificação não é tarefa apenas do legislador - e, nesse ponto, parece não haver dúvidas.

De fato, a densificação de uma norma constitucional é uma atividade complexa, que se inicia com a leitura isolada do texto que enuncia o direito, passando, em uma segunda fase, por uma análise sistemática do texto constitucional, e, a partir daí, buscando os contornos capazes de preencher o significado do preceito. Esses “contornos”, portanto, podem ser encontrados tanto no próprio texto constitucional, quanto na lei, na doutrina, na jurisprudência e, inclusive, dentro da própria sociedade “pluralista”¹, que, afinal, será quem mais irá sentir as conseqüências do resultado da concretização. Ou seja, a densificação do direito fundamental é qualquer atividade capaz de fornecer subsídios hábeis a melhorar a compreensão do significado da norma. Este trabalho, por exemplo, está, de alguma forma, densificando o direito fundamental à ação, na esperança de que ele seja concretizado da melhor forma possível.

Feitas essas considerações que são premissas necessárias à "pré-compreensão" deste trabalho, urge, de plano, tecer alguns esclarecimentos acerca das terminologias aqui utilizadas, bem assim dos limites científicos do estudo desenvolvido ao cabo desta obra.

Primeiramente, o tema. Será analisado, fundamentalmente, numa ótica constitucional, o direito de ação, sobretudo no que diz respeito às suas limitações constitucionais e infraconstitucionais. Tratar-se-á, não obstante, embora de modo sucinto, de alguns aspectos processuais a ele referentes. Assim, por exemplo, embora alguns comentários sejam feitos no decorrer da obra acerca das "teorias" em torno da ação, procuramos, na medida do possível, não aprofundar demais o assunto, até porque a querela doutrinária entre a corrente concreta e abstrata da ação, a nosso ver, já rendeu o que tinha que render. Serão abordados,

¹ O jurista germânico PETER HÄBERLE, no opúsculo "HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição", propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Assim, todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete, não apenas os juizes, mas também os cidadãos, grupos de interesse (partidos políticos, sindicatos etc), órgãos estatais, sistema público e a opinião pública.

da mesma forma, alguns aspectos referentes à jurisdição, ressaltando, desde já, que o direito de ação é, antes de mais nada, o próprio direito à jurisdição, isto é, é o direito à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, justa, célere, acessível, satisfatória e participativa.

O direito de ação faz-nos refletir também sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional. Afinal, negar a tutela jurisdicional é pôr em cheque de forma direta o direito fundamental de ação. Daí ter sido o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional - que, no mais, é corolário do mesmo preceito constitucional que garante o direito de ação ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito") - um dos assuntos mais tratados no desenrolar deste livro. As infinitas polêmicas em torno deste princípio constitucional por certo tornarão de uma utilidade ímpar as questões abordadas, mormente em face da farta jurisprudência colacionada.

A par disso, não se poderia de deixar de tecer comentários acerca do acesso à Justiça, que é, na realidade, a razão de ser do direito fundamental à ação, senão o próprio direito de ação em sua essência. O próprio vernáculo "ação" já remete à idéia de acesso, apenas com um prisma diverso, como se os dois fossem o reverso e o anverso de uma mesma moeda. A ação seria, assim, vista sob a ótica do jurisdicionado, que teria o direito de agir, ou seja, o direito subjetivo de acionar a máquina judiciária, ao passo que o acesso à Justiça seria visto sob a ótica do Judiciário, que teria o dever de fornecer uma estrutura suficientemente adequada para garantir o cumprimento do direito de ação. Portanto, a correta compreensão do direito de ação requer, aprioristicamente, um estudo aberto e bem intencionado sobre o acesso à Justiça. Isto foi feito no capítulo 3.

Percebe-se, portanto, que a pesquisa desenvolvida foi bastante ampla, em busca de uma análise completa sobre o direito fundamental de ação. Mesmo assim, e talvez até por isso, admitimos que essa nossa pretensão de esgotar o assunto ao máximo não alcançou este objetivo, pois as perspectivas sobre as quais se assenta o direito de ação são

múltiplas, complexas e mesmo mutáveis no tempo e no espaço. Em consequência, marcadas pela inexauribilidade, como sói acontecer com todos os direitos fundamentais. Assim, se algum ponto importante não foi debatido ou foi pouco debatido, isso se deu ao léu de nossas veleidades.

2. O PROCESSO E A CONSTITUIÇÃO

"A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o 'devido processo legal'. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição, e o binômio processo-Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade. O direito não deve ficar à mercê do processo, nem sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste." (GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. p. 99)

A relação existente entre o Processo e a Constituição é por todos conhecida, mormente em face da "constitucionalização" de diversos "princípios processuais", como o do devido processo, do contraditório, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, da publicidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional *etc*, bem assim da enorme evolução da chamada Jurisdição Constitucional. Fácil é perceber, aliás, uma "constitucionalização", ou uma tendência de constitucionalizar vários institutos que outrora eram tipicamente pertencentes a outras disciplinas jurídicas infraconstitucionais.

Realmente, no atual estágio de evolução da ciência jurídica, a Constituição ocupa papel preponderante. O Direito Constitucional, que antes era a "*cenerentola*" (a Gata Borralheira) na irmandade das disciplinas jurídicas², deixou de ser uma matéria de menor importância, passando a sobrepairar-se às demais. Os direitos dos códigos e das leis aos poucos vão-se curvando aos direitos dos princípios constitucionais: o Estado do *legalismo exacerbado* do século passado transforma-se definitivamente em Estado *principlalista* (assentado em princípios constitucionais). O princípio da legalidade vai sendo substituído pelo princípio da constitucionalidade, ou melhor,

² Aqui estamos parafraseando CARNELUTTI, que se referia ao processo penal.

"se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição" (Bonavides). Vai surgindo a teoria material e substantiva da Constituição, reformulando toda a abjeta categoria positivista do Estado meramente formal, onde a lei é utilizada de forma reacionária, como instrumento de manutenção do *status quo*. A *Nova Hermenêutica*, tanta vezes citada pelo prof. BONAVIDES, parece cada vez mais presente na formação jurídica dos operadores do Direito, cristalizando um aclamado *sentimento constitucional*. A lógica formal sucumbe diante da lógica empírico-dialética. A função do direito passa a ser definitivamente tópica e prática: concretizar a Justiça, vale dizer, tornar efetivos os direitos constitucionais assegurados às classes menos favorecidas, sempre com vistas à redução das desigualdades sociais (art. 3º, da CF/88).

Essa nova concepção do direito, que se irradiou por todos os ramos da ciência jurídica, atingiu intensamente a Teoria Geral do Processo, permitindo, segundo LIEBMAN, que o processo se transforme de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade (*apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 13).

A velha mentalidade parnasiana que dominava o mundo processual é, hoje, ultrapassada. Defender, na atualidade, que o processo é ideologicamente neutro, desprovido de conteúdo ou de valores, como se sustentava outrora, soa tão anacrônico quanto admitir que o direito à propriedade é absoluto e exclusivo. Aliás, assim como a propriedade, o processo, atualmente, deve atender a sua função social, qual seja, a de concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição de maneira eficaz e justa.

Conforme J. J. CALMON DE PASSOS acentua,

“o processo experimentou, nos últimos dois séculos, transformações marcantes, que o trouxeram do limbo do formalismo da velha praxe para a privilegiada posição de garantia constitucional, talvez a mais eminente de todas elas,

porque asseguradora da efetividade das demais. De um amontoado casuístico de fórmulas e formalidades, alçou-se à condição de conhecimento sistemático, merecedor de tratamento científico, culminando, em nossos dias, à realização do direito e à segurança dos indivíduos na convivência social, e necessário ao Estado autolimitado em seu poder de ordenação da sociedade, que denominamos de Estado de Direito” (*O Devido Processo Legal e o duplo Grau de Jurisdição*. p. 131).

O jurista, em face de todo esse avanço do Direito Constitucional, não deve interpretar as normas constitucionais a partir das noções tradicionais do processo, sob pena de subverter o princípio de hierarquia, perpetuando as velhas ‘concepções’ sobre o processo, o que redundaria em restringir a força inovadora inerente aos princípios constitucionais, amarrando o futuro ao passado (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. p. 56).

Podemos apontar, como preceitos em que ainda está arraigada uma concepção individualista do processo, o art. 76 do CC, segundo o qual, ‘para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse econômico ou moral’; o art. 3º do CPC, que fala em ‘interesse e legitimidade’, e o art. 6º do mesmo Código: ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’. Acrescente-se, nesse modelo tradicional, o art. 472 do CPC: ‘a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros’. Tais conceitos, conforme veremos, estão a cada dia sendo “redimensionados”, com o fito de os tornar adequados à nova roupagem social do processo.

Exemplo clássico dessa inversão de valores (pensar a Constituição a partir das vetustas noções provenientes de normas processuais infraconstitucionais) ocorreu com a denominada legitimação constitucional extraordinária dos sindicatos (e demais entidades de classe) para a propositura de ações coletivas (mandado de

segurança coletivo, por exemplo), conforme cita JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA.

No caso dos sindicatos, a legitimação é prevista no art. 8º, III, da CF/88: "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas". E também no art. 5º, LXX, *b*: "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

Em um primeiro momento, entendeu-se que esses entes somente poderiam ingressar em juízo para defender os interesses de seus associados se houvesse autorização expressa destes (dos associados), consubstanciada em ata ou estatuto, ou seja, interpretou-se a norma constitucional "de baixo para cima", com base na velha concepção individualista de legitimidade *ad causam*, segundo a qual ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio. E mais: deveria haver um vínculo entre o fim social da entidade e o direito a ser protegido.

Posteriormente, pondo a matéria no devido lugar, consolidou-se o entendimento de que se faz despicienda a outorga expressa dos membros dessas entidades para a propositura de ações coletivas.

De fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se inclinando em admitir a legitimação extraordinária das entidades para impetrar mandado de segurança coletivo, em defesa de direitos individuais homogêneos de seus filiados, sendo desnecessária a outorga expressa por parte dos filiados da entidade. Nesse sentido destaque o seguinte precedente, relatado pelo eminente Ministro Carlos Velloso: "não se exige, tratando-se de segurança coletivo, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º, que contempla hipótese de representação" (RE nº 181.438-1 SP, dec. unân. do Plenário em 28/06/96).

Merece aplausos esse posicionamento "pró-constituição" do Supremo Tribunal Federal, que, aplicando evolutivamente a norma

processual e afastando a anacrônica noção individualista de legitimidade *ad causam* e interesse de agir, deu ampla eficácia aos novos instrumentos processuais coletivos consagrados na vigente Carta Magna.

É importante observar que esse "sentimento constitucional", fundado na justiça e democracia materiais, somente veio a se desenvolver substancialmente, aqui no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988.

De fato, no final dos anos 70 e início dos anos 80, ainda não se podia “reclamar” um direito efetivamente justo em nosso país. Temiam-se, quer queira quer não, retaliações naqueles últimos passos do combalido monstro ditatorial, ou melhor, naqueles primeiros dias do crepúsculo da abertura democrática. Ser “constitucionalista”, na época, era ser um estudioso de história, ou um filósofo saudosista, fadado a morrer de fome, já que, durante o regime militar, a ordem constitucional foi destruída pelos atos institucionais. O Poder Judiciário, salvo raras manifestações de revolta que foram prontamente punidas, ficou de mãos atadas diante das atrocidades cometidas pelos verdugos de farda, até porque era expressamente vedada a interferência do Judiciário nos chamados atos institucionais. A Constituição, na parte em que garantia os direitos fundamentais, deixou de representar os “fatores reais de poder”, na clássica definição de LASSALE, passando a mero farrapo de papel inócuo: os fatos riam da norma! É, então, neste momento, que o direito processual brasileiro consegue, a passos curtos, desenvolver-se, já que vários juristas “progressistas” - no sentido positivo da palavra - preferiram o estudo do processo, enquanto forma de libertação, do que do direito substantivo, que, quando justos, coagulavam mortos nos textos dos Códigos ou eram neutralizados por atos institucionais.

BARBOSA MOREIRA, atento a esta peculiaridade, lembra que várias das leis processuais de mais nítido caráter progressista, como a da ação popular, a dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e a da ação civil pública, remontam – na edição ou, ao menos, na preparação

– à época de Governos militares (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*. p. 151).

Com efeito, é nessa época que surgem estudos primorosos do direito processual. ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, BARBOSA MOREIRA, RUI PORTANOVA, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, KAZUO WATANABE *etc* são alguns exemplos de juristas que buscaram, no estudo do processo, a solução para um ordenamento jurídico mais justo e participativo³.

Não é de se estranhar, portanto, que nossa Constituição Cidadã dedicasse, em seu texto, inúmeros dispositivos de direito processual, ecoando os clamores mais avançados dessas *ondas renovatórias* que inspiraram profundamente os legisladores constituintes na elaboração da Carta Magna de 88. E mais: esses dispositivos, doravante, passam a ocupar o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua especial posição topográfica dentro do sistema constitucional (se antes os princípios processuais, juntamente com os direitos e garantias individuais, ficavam nos últimos artigos da Constituição, agora eles se situam, basicamente, no artigo 5^o).

Devido processo "legal", contraditório, ampla defesa, motivação e publicidade das decisões *etc*, tornam-se doravante termos representativos de uma nova era do direito processual: a ***Era Principialista***.

Utilizamos o termo "legal" entre aspas, pois, no nosso entender, o devido processo não se restringe somente à observância dos preceitos *legais* preestabelecidos, mas sobretudo à observância genérica dos princípios consagrados na Constituição. Daí, a nosso ver, melhor seria utilizar o termo devido processo *principial*, ou então, devido processo *constitucional*. Aliás, é interessante observar que o termo inglês "law", do qual proveio

³ Sobre a participação no processo: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Participação e Processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

a expressão devido processo legal (*due process of law*), não tem a acepção de "lei" (*rule*), mas de "direito". Ou seja, a melhor tradução seria "devido processo jurídico". Até porque, o devido processo, nos Estados Unidos da América, graças à evolução jurisprudencial da Suprema Corte, tem uma acepção procedimental ou formal (*procedural due process*) e outra substancial ou material (*substantive due process*). A primeira acepção, ou seja, o devido processo procedimental, tem por objetivo apenas assegurar o regular e justo andamento do processo judicial, através da instrução contraditória, do direito de defesa, do direito de ser citado, do duplo grau de jurisdição e da publicidade dos julgamentos, entre outras garantias. Já em sua segunda acepção, de cunho material, tem-se que "a essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade" (STF, ADIMC-1755/DF, rel. Ministro CELSO DE MELLO). Ou seja, o próprio conteúdo do princípio do *substantive due process* vai muito além do que a simples observância dos dispositivos legais, já que as próprias leis podem ser "invalidadas" pelo "devido processo legal", num dialético paradoxo.

Na lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER E OUTROS, “a vigente Constituição da República é particularmente voltada aos aspectos processuais da estrutura política e jurídica da nação, seja ao tornar explícitos os princípios e garantias constitucionais do processo, seja ao reforçar o arsenal de medidas integrantes da chamada *jurisdição constitucional*, seja enfim ao dar trato novo e específico a vários pontos da organização judiciária” (*Teoria Geral do Processo*. p. 15).

É certo, porém, que mesmo antes de 1988, nossas Constituições já albergavam o princípio do contraditório e da ampla defesa, da isonomia, do juiz natural *etc.* Outros princípios (e.g. o da motivação das decisões judiciais e do devido processo), embora não constassem

no catálogo do texto constitucional, já eram reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina, ainda que timidamente.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa eram restritos ao processo penal. GRINOVER, após afirmar que a defesa protegida constitucionalmente dizia respeito unicamente ao processo penal, esclarece que os constitucionalistas não poderiam extrair do texto outra interpretação, que não a referida (*Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 129). Porém, a jurisprudência, por várias vezes, já havia consignado que esses princípios também deveriam ser observados no processo civil e no processo administrativo, principalmente os disciplinares.

No entanto, a partir do momento em que a Constituição foi *promulgada*, o ordenamento jurídico até então vigente foi completamente renovado, e a nova mentalidade voltada à democracia material incorporada ao texto magno impôs uma reavaliação e uma reformulação desses conceitos e princípios. Isso porque, como explica DINAMARCO, os princípios que se irradiam na Constituição "não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal" (*A Instrumentalidade do Processo*. p. 30).

Portanto, além de *a forma de expressão* dos princípios constitucionais processuais ter sido modificada em larga escala, a despeito de a formulação de alguns haver sido apenas repetida, houve, inegavelmente, um profundo redimensionamento na maneira de interpretar esses preceitos constitucionais referentes ao processo. Basta uma simples análise na postura doutrinária e jurisprudencial para perceber como foi modificada **a maneira de aplicar** os princípios constitucionais processuais, o que nos leva a concluir que houve, de fato, um **avanço substancial sem precedentes** no que se refere aos princípios processuais após a entrada em vigor da Constituição de 88.

Na realidade, nossa Lei Fundamental apenas seguiu uma tendência universal (“*a worldwide movement to make rights effective*”), qual seja, a de constitucionalizar (ou publicizar) as garantias processuais, com vistas a possibilitar a *efetividade do processo*, “caracterizada como exacerbação da sua capacidade de oferecer à população canais eficientes para o acesso à justiça” (GRINOVER, Ada Pellegrini E OUTROS. *Teoria Geral do Processo*. p. 15). Essa “publicização do direito processual”, como informa DINAMARCO, é “forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como *instrumento* a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial” (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 57).

Impõe-se, em face dessa nova mentalidade que vem surgindo em torno do processo, um comportamento mais “humano” e “social” do jurista, diante da concretização dos direitos fundamentais, sobretudo por estarmos vivendo a terceira geração (ou dimensão) desses direitos, fundada no *princípio solidariedade* entre os povos, e que tem no gênero humano o seu destinatário principal.

O termo “gerações dos direitos fundamentais” foi utilizado pela primeira vez pelo jurista francês KAREL VASAK sob inspiração dos três temas da Revolução Francesa. Assim, as “três gerações de direitos humanos” seriam as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*). Hoje em dia, a expressão “geração dos direitos fundamentais” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e alienígena. De fato, o uso da expressão “gerações” pode ensejar a errada impressão da substituição gradativa de um geração por outra, o que é um erro. Daí, a doutrina mais moderna tem preferido o termo “dimensões dos direitos

fundamentais”. É o que nos explica o prof. PAULO BONAVIDES quando diz que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

O Min. Celso de Mello resumiu bem a abrangência das três dimensões dos direitos fundamentais: "enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade" (STF, MS 22164/SP). Vale ressaltar que, agora, com a globalização política, social, cultural e econômica, BONAVIDES preconiza o surgimento de uma quarta dimensão de direitos, “compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política. Esses direitos de quarta dimensão, segundo o professor cearense, seriam os direitos à democracia (que há de ser necessariamente direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles, prossegue o mestre, depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Se é certo que a quarta dimensão dos direitos fundamentais ainda se encontra longe de obter o devido reconhecimento por parte do direito interno e internacional, também não se pode negar que, dado o impulso histórico da humanidade ao reconhecimento dos direitos humanos, floresce a

esperança, “eminentemente profética, mas não necessariamente utópica” (SARLET), de que em um futuro próximo teremos proclamados e efetivados todos esses direitos.

Essa pesada “carga” socializante do direito e do processo, surgida com os direitos de segunda e terceira dimensões, exige uma perspectiva “molecularizada” por parte do processualista, que deve afastar a antiga visão “atomizada” de outrora, mas que ainda se encontra impregnada em nossos códigos⁴. Em outras palavras: "os novos valores sociais impõem a derrubada de velhos dogmas do Direito Civil" (LACERDA, Galeno. *Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais*. p. 50).

De fato, a massificação dos conflitos, com o conseqüente surgimento dos *danos de massa*, para utilizar a linguagem de CAPPELLETTI (*Tutela dos Interesses Difusos*. p. 171), faz com que se necessite de novos mecanismos jurídicos de proteção aos chamados “interesses coletivos” (cujas espécies são os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, que são “acidentalmente coletivos”, conforme ensina BARBOSA MOREIRA). Essas novas situações jurídicas exigem não apenas novos “instrumentos” processuais ou “ações coletivas”, mas, sobretudo, uma mentalidade socialmente aberta de todos os operadores do direito.

Não se pode mais, dessa forma, visualizar o processo como mero instrumento de proteção aos interesses subjetivos, que, por natureza, são individuais. O ordenamento jurídico deve fornecer todos os mecanismos para uma efetiva proteção a todos os **interesses legítimos**, decorrentes dos conflitos coletivos. O processualista, da mesma forma, deve contribuir, reavaliando conceitos tipicamente individuais, como o

⁴ Essa dicotomia entre molecularização/atomização é utilizada por KAZUO WATANABE. Em sentido de certa forma semelhante, RUI PORTANOVA alerta a necessidade de ver o Direito sob uma ótica totalizada (significando uma visão multidisciplinar da ciência jurídica) e não compartimentalizada (no sentido de uma visão do Direito unicamente nos limites do jurídico) (In: *Motivações Ideológicas da Sentença*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1992).

de interesse para agir, legitimidade para a causa, coisa julgada *etc*, adequando-os a esta nova roupagem social do processo.

O primeiro passo, portanto, no sentido de possibilitar a concretização dos direitos fundamentais, que estão em constante evolução, é "redimensionar" o próprio conceito de "direito de ação" e "criar" ou "reinventar" novos mecanismos visando facilitar o acesso à Justiça e abrir as portas do Judiciário à proteção de todos esses interesses legítimos, que merecem proteção estatal. Afinal, faz muito tempo que já se disse que não basta enunciar direitos, é preciso, fundamentalmente, concretizá-los.

3. O ACESSO À JUSTIÇA: ABRINDO AS PORTAS DO PODER JUDICIÁRIO

"Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então pode entrar mais tarde. 'É possível', diz o porteiro, 'mas agora não'. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: 'Se o atraí tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso do que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro'. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele..." (KAFKA, Franz. O Processo. p. 261).

Para bem compreender o significado do direito de ação, sobretudo em sua dimensão constitucional, importa conhecer o princípio do acesso ao Judiciário, que é a "matriz deontológica" sobre a qual o direito de ação busca fundamento. Aliás, existe mesmo uma certa confusão na terminologia utilizada para conceituar cada instituto, mormente quando se inclui os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, da efetividade e outros. Como explica GUERRA, "assim, entre os processualistas, é comum utilizar expressões como 'garantia da efetividade da tutela jurisdicional', ou 'da efetividade do processo', 'princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional', 'garantia (ou princípio) do direito de ação', 'garantia do acesso à justiça' e 'garantia de acesso à ordem jurídica justa', enquanto os constitucionalistas preferem as expressões 'direito (fundamental) à tutela efetiva', 'direito ao processo devido' e 'direito fundamental de acesso aos tribunais'. Tais expressões vêm sendo utilizadas tanto num

sentido amplo, como sinônimas, para designar um mesmo conjunto de exigências, como também, em sentido mais restrito, para referir-se apenas a uma ou algumas dessas exigências” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. p. 49).

A despeito dessa "confusão babilônica", e tentando no mais das vezes utilizar as expressões em seu sentido estrito, vale elaborar um pequeno resumo da evolução do conceito de acesso à Justiça para que se possa melhor compreender seus contornos atuais.

O acesso à justiça sempre foi um tema palpitante; afinal, a aspiração pela Justiça é um desejo universal, o direito natural por excelência para os que aceitam a sua existência. Como diria poeticamente Ihering: “o sentimento de justiça está escrito e enunciado de mil maneiras no coração de todos os indivíduos”.

Na própria Bíblia é possível encontrar uma passagem enaltecendo a importância do acesso à Justiça:

“Estabelecerás juízes e magistrados em todas as tuas portas que o Senhor teu Deus te houver dado em cada uma das tuas tribos, para que julguem o povo com retidão de justiça, sem se inclinarem para parte alguma. Não farás aceitação de pessoa, nem receberás dádivas, porque as dádivas cegam os olhos dos sábios, transtornam as palavras dos justos. Administrarás a justiça com retidão.” (Deuteronômio: 16-18, 19, 20)

Para que não nos alonguemos muito nas considerações históricas, passaremos logo ao acesso à Justiça no Estado liberal, que ainda exerce grande influência nos dias de hoje. Pois bem. No Estado liberal, o acesso à Justiça, entendido aqui tanto em sua acepção jurídica quanto política, como não poderia deixar de ser, tinha uma conotação eminentemente individualista e formal: era o simples direito de propor e contestar uma ação.

CAPPELLETTI e GARTH ensinam que “a teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação

exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*” (*Acesso à Justiça*. p. 9).

O acesso ao Judiciário era, então, um privilégio de poucos burgueses que tinham condições de arcar com os altos custos do processo. A função legiferante, na época, recrudescida com o mito do legalismo (*fetiche da lei*), sobrepunha-se às demais, apagando quase por completo a atividade criativa dos juízes, que eram apenas a “boca da lei” (Montesquieu). O poder público não se preocupava com as mazelas sociais, e os direitos fundamentais, nessa época, eram considerados meras concessões da autoridade estatal, feitas sempre a contragosto, por pressão de determinada classe de governados. A função do Estado era somente de garantir a segurança e a conservação da sociedade e dele próprio (Estado-polícia ou gendarme). O Poder Judiciário não poderia ir além do que declarar a vontade da lei. O Estado, fundado no *contratualismo vertical* de HOBBS, era, ainda, o *Leviatã*: um fim em si mesmo.

Na obra *Do espírito das leis* de Montesquieu, há, em diversas partes, o cuidado de se pôr limites à magistratura, evitando que a função jurisdicional se torne poderosa, chegando a dizer que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo” e, mais adiante: “os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei” (MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. p. 203 e ss.). Da mesma forma, no clássico *Dos Delitos e das Penas*, publicada em meados século XVIII, o Marquês de Beccaria (Cesare Bonecasa Beccaria) demonstra bem o espírito da época de temor dos magistrados ao defender que o juiz não deve interpretar as leis, pois não tem legitimidade para tanto: “não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar

o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e deixar que as leis voguem à torrente das opiniões” (p. 17).

Com o surgimento do Estado social, e o conseqüente aparecimento dos direitos de segunda dimensão (sociais e econômicos), fundados na igualdade material, houve uma profunda modificação no conceito de acesso à Justiça e, portanto, um redimensionamento na própria importância da função jurisdicional e do processo, exigindo do Juiz, enquanto órgão estatal, uma postura mais ativa e intervencionista. Como explica MARINONI:

“Quando as democracias passam a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas - surgindo, então, os direitos sociais e econômicos -, os desiguais passam a ser tratados de forma desigual. Os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégios de poucos, ou seja, em privilégios burgueses. Com os novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica” (*Novas Linhas do Processo Civil*. p. 27).

Realmente, Estado do *Welfare* não se contenta em fornecer o mesmo acesso à justiça do Estado liberal, ou seja, não basta o acesso simbólico, meramente formal, e sim o efetivo, com vistas à busca da igualdade material ou a *igualização* dos indivíduos. CAPPELLETTI e GARTH sustentam que “uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo” (*Acesso à Justiça*. p. 8.).

Assim, o acesso ao Judiciário, agora mais do que nunca, passa a ser uma aspiração juspolítica não apenas formal, ou seja, de simples faculdade de movimentar a máquina judiciária, mas sobretudo material, isto é, o direito a um modelo ideal processo: *justo, adequado, rápido, barato, ágil, simples, efetivo e permeável a um grau elevadíssimo de participação das partes e do juiz.*

Portanto, hodiernamente, há certa unanimidade no fato de o *acesso à Justiça* não se limitar a um direito à ordem jurídica tal como posta, ou seja, não é o acesso ao Judiciário “mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo” (GRINOVER, Ada Pellegrini e OUTROS. *Teoria Geral do Processo*. p. 33.). Já se tornou chavão afirmar que para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça.

KAZUO WATANABE reflete bem essa mentalidade quando diz que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: *Participação e Processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. p. 128/129).

É importante ressaltar que essa idéia de “ordem jurídica justa” é bastante antiga, sendo utilizada desde o início do século pelos juristas norte-americanos e italianos, e até nos escritos de Aristóteles. No nosso entender, há, entre inúmeros processualistas e juristas de um modo geral, não incluindo aqui o WATANABE, uma omissão quando utiliza a expressão “ordem jurídica justa”, que aliás já se tornou lugar comum, o canto de sereia de todos os processualistas, mesmo os mais tradicionais. É que a expressão diz muito pouco. Que ordem jurídica “justa” seria essa? A dos “donos do poder”? A dos legisladores? A dos governantes, que sempre ditam, à sua maneira, as regras do jogo? Ou, por outro lado, seria a ordem jurídica justa almejada pelos oprimidos? Pela classe menos favorecida? Pelos hipossuficientes? A nosso ver, portanto, é preciso que se faça antes de mais nada uma “solução de compromisso”, para que se deixe bem claro qual a “ordem jurídica justa” que se quer ver estabelecida. Do contrário, a máscara da “ordem jurídica justa” servirá para justificar tudo, tanto a justiça dos dominantes

quanto a justiça dos dominados. Ou seja, a ordem jurídica justa será apenas panacéia: um *slogan*, destituído de efetiva importância empírica ou dogmática.

Portanto, a temática do **acesso à ordem jurídica justa** - justiça dos hipossuficientes, esclareça-se - é, na atual fase de evolução dos estudos processuais, uma tendência irreversível do pensamento jurídico moderno, baseado no que CAPPELLETTI denominou ‘a perspectiva do consumidor’, sempre lembrando que as necessidades humanas (do consumidor) são históricas, isto é, transmudam-se no tempo e no espaço e, por isso mesmo, estão em constante transição. Infelizmente, na advertência de WATANABE, a perspectiva que prevalece hoje em dia não é a do consumidor, mas a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é a da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade (*Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: Participação e Processo. p. 128).

Não se pode olvidar, também, que o acesso à Justiça pressupõe um povo “juridicamente educado”. Explica-se: somente quem conhece seus direitos será um **potencial consumidor** dos serviços do Judiciário. Assim, é fundamental, como primeiro passo para “incrementar” o acesso à Justiça, divulgar o direito, torná-lo *popular, acessível, democratizar a linguagem jurídica*. Somente um povo *conscientizado* de seus direitos será capaz de acionar a máquina de fazer justiça.

Visualizando o processo sob a ótica do consumidor, percebe-se que **o serviço judicial deve ser adequado e funcionar bem, cumprindo eficientemente seu fim maior que é a realização da Justiça**. E será que o nosso Poder Judiciário, tal como estruturado, *funciona* adequadamente, isto é, será que atende satisfatoriamente às expectativas do povo-consumidor?

O Juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, com a visão crítica que lhe é peculiar, responde-nos a essa pergunta: nosso Poder Judiciário funciona muito bem: “ele é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona”. E, em seguida, explica:

“O volume excessivo de serviço carrega problemas seríssimos que não se limitam tão-só à falta da pronta prestação jurisdicional, que nada mais é, muitas vezes, do que a própria negação do direito ao litigante. Ele ataca a vida pessoal do Juiz. O magistrado vive em tormentosa angústia: como prestar jurisdição a milhares de pessoas? Na verdade, não consegue: o trabalho que deve ser fonte de prazer se transforma em atividade massacrante e até certo ponto indigna.

Ora, ante o insuportável volume de trabalho a forma mais rápida do Juiz ‘livrar-se’ dos processos é julgar mecanicamente. Ao invés de ter atividade criadora, crítica, transformadora, o excesso de trabalho faz com que, de maneira menos desgastante no plano físico, seja aplicado o saber consagrado ou apenas a dita vontade do legislador por menos nobre que possa ser” (*Magistratura e Mudança Social: Visão de um Juiz de Primeira Instância*. p. 90).

No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA: “Juiz onerado com excesso de serviço é juiz que por força estudará os autos com menor profundidade, que mais facilmente se resignará ao papel de mero subscritor de despachos e decisões redigidos por mão alheia, que se absterá de iniciativas instrutórias, que se inclinará a adotar, sem exame crítico, soluções já prontas para as questões de direito (e, por conseguinte, quase nunca contribuirá para a abertura de novos caminhos na jurisprudência)” (*Sobre a Participação do Juiz no Processo Civil*. in: *Participação e Processo*. p. 387).

Neste aspecto, mas não somente neste, o Poder Judiciário passa por uma das piores “crises existenciais” jamais vista na história. O “consumidor” dos serviços judiciais sente cada vez menos interesse em “bater às portas” do Judiciário, só o fazendo quando extremamente necessário e com a certeza de que não será “bem atendido”, ou seja, a

resposta imediata e completa dificilmente virá. Então, nesse sentido, a reforma do Poder Judiciário (e de tudo que com ele se relaciona) é uma necessidade imperiosa.

É fundamental, porém, nesse momento em que mais uma vez se discute a reforma do Poder Judiciário, um profundo *desvio de perspectiva* na compreensão da importância da função jurisdicional para sobrevivência das instituições democráticas, pois, durante quase toda a sua história, o Poder Judiciário aparece como um *quinto pneu do carro*⁵. O Judiciário é considerado o “primo pobre” dos Poderes do Estado, um Poder de segunda classe, um Poder sem “poder”, um Poder inerte. O próprio MONTESQUIEU, responsável pela elaboração inicial da doutrina *moderna* da tripartição de poderes, como já vimos, chegou a afirmar que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo” (*Do Espírito das Leis*. p. 203). E mais: os juízes seriam apenas “a boca da lei” (*bouche de la loi*).

A causa primeira dessa *crise existencial* reside na velha concepção de que o Poder Judiciário não possui legitimidade, mas apenas *autoridade*.

Ainda hoje a França, por força da Constituição de 1958, não utiliza a expressão “Poder Judiciário” mas “autoridade judiciária”. Explica DALLARI: “o que se quer (em França) é uma magistratura dócil e dependente (...), na França perdura um herança histórica que não é favorável à equiparação do Judiciário aos demais poderes do Estado nem à independência real dos juízes.” (*O Poder dos Juízes*. p. 16)

Ora, não se pode esquecer que a origem, ou melhor, a fonte de legitimação do Poder Judiciário, em um Estado Democrático, é a própria Constituição. É que a Carta Magna, enquanto manifestação da

⁵ Termo utilizado por COMPARATO em palestra realizada em Fortaleza em comemoração aos dez anos da Constituição Federal, promovida pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

vontade soberana do povo, ao atribuir competências e limitações às funções estatais, concedeu ao Poder Judiciário a incumbência de promover a “guarda da Constituição” e a solução dos conflitos de sua competência, portanto, contra a vontade mesma do governante, mas sempre com vistas à preservação dos valores constitucionais. Ademais, uma sentença bem motivada, prolatada por um órgão independente e compromissado com a justiça e democracia materiais, dentro de um processo onde se observou o devido processo, o contraditório e a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, nos limites da competência traçada pela Constituição, possui, sem dúvida, legitimidade, talvez até maior do que a legitimidade do Legislativo e do Executivo, que, conquanto eleitos pelo sufrágio universal, prescindem, geralmente, da participação popular na tomada de suas decisões. É a legitimação pelo processo.

Dessa forma, não é pelo de fato de os juízes não serem eleitos pelo povo que o Judiciário deixa de possuir legitimidade e de se constituir como um poder representativo. Aliás, DALMO DALLARI, fazendo um profundo estudo comparado sobre a matéria, já afirmou que a melhor forma de seleção de magistrados é mesmo o concurso público, que é única capaz de garantir a independência e a imparcialidade da Justiça, sendo que as experiências alienígenas no que se refere à eletividade dos juízes vêm sendo consideradas desastrosas ou, no mínimo, criticáveis.

Por outro lado, uma constatação irrefutável, nos dias de hoje, é que o povo não acredita na Justiça como instituição, nem nos magistrados como cidadãos. O Judiciário é visto pela população, principalmente a mais carente, como uma casta de homens inacessíveis, frios, que, mesmo sem conhecer o sofrimento de grande parte do povo, tem a petulância e a arrogância de prender, condenar e julgar. Pior: prendem os pobres e deixam impunes os ricos.

Assim, parece já estar incrustada na mente popular a idéia de que o Poder Judiciário somente protege os ricos. Há inclusive várias anedotas nesse sentido, como por exemplo a famosa de Anatole

France: “a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ricos e pobres de dormirem sob as pontes, de mendigarem pelas ruas e de furtarem um pedaço de pão”. Ou então, aquela frase de Anacársis: “a leis são como teias de aranha: os insetos pequenos nelas se enredam; os grandes partem-na sem dificuldades”. Ou a célebre frase atribuída a um juiz inglês da época vitoriana: “a Justiça está aberta a todos, como o *Hotel Ritz*”.

É preciso, pois, inicialmente haver uma aproximação do povo com a Justiça, vale dizer, urge que seja feita uma *democratização do Poder Judiciário*, reavaliando-se a participação popular na gestão do aparato jurisdicional, de modo a "popularizar" a justiça. E aqui aparece de forma latente a importância maior da ampla divulgação do acesso à justiça, que “realiza o *approach* da teoria do processo com o ideal de justiça social” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. p. 18).

Aliás, também com MARINONI, aprendemos que

“o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável; ‘responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra e ser escutado’” (*Novas Linhas do Processo Civil*. p. 28).

É fundamental que o Judiciário tenha a sensibilidade para saber que é o movimento da sociedade que legitima todas as instituições e todas as leis, porque é na sociedade que está a idéia da justiça e não dentro do Poder Judiciário. Como poetizou BERTOLD BRECHT, "assim como o outro pão/Deve o pão da justiça/Ser preparado pelo povo" (*O Pão do Povo*).

Quando se fala em democratização do Judiciário, isso implica em duas exigências essenciais: primeiro, a mudança de atitude do Judiciário no relacionamento com o povo e a sociedade em geral; em

segundo lugar, é indispensável considerar igualmente a mudança interna do Judiciário, em sua organização e seus métodos (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*, p. 143).

Não pretendemos, neste trabalho, apontar todos problemas do Poder Judiciário e apontar as respectivas soluções, pois isso foge aos nossos objetivos, além de ser tarefa praticamente impossível⁶. Limitaremos, assim, a tecer alguns comentários gerais acerca de certas deficiências e preconceitos acerca da magistratura, essencialmente vinculados à concretização do direito fundamental à ação, ou melhor, a uma ordem jurídica justa, ressaltando-se mais uma vez que essa ordem jurídica justa a que se aspira é aquela que tem por escopo "reduzir as desigualdades sociais".

É certo que várias causas das mazelas da Justiça muitas vezes fogem ao controle dos magistrados, ou seja, são provocadas por fatores exógenos à atividade jurisdicional. Exemplo disso é o diminuto número de juízes que compõe a Justiça, tornado-os não *operadores do direito*, mas, no dizer irônico do Min. do Supremo Tribunal Federal MARCO AURÉLIO, *estivadores do direito*. Além disso, as escassas verbas orçamentárias reservadas ao Poder Judiciário (Federal e Estaduais), incapazes de aparelhar de forma satisfatória as secretarias e varas da Justiça Estadual e Federal. Afora esses exemplos, muitos outros podem ser citados: sistema processual (mormente o recursal) que favorece a demora na prestação da tutela jurisdicional (sem com que os operadores do direito busquem no própria sistema, através da utilização da abertura fornecida pelos princípios constitucionais processuais, soluções capazes de "acelerar" a prestação da tutela jurisdicional), em especial quando se litiga contra o Poder Público; forma de escolha da cúpula do Poder Judiciário, prejudicando deveras a independência do Judiciário; corte substanciais de verbas orçamentárias destinadas à Justiça; excesso de competência, fazendo com que o juiz passe grande parte de seu tempo dedicando-se a trabalhos meramente cartorários, *entre inúmeros outros*.

⁶ Para uma compreensão bastante ampla e crítica dos problemas do Judiciário, veja-se *O Poder dos Jutzes*, de Dalmo de Abreu Dallari.

No entanto, em que pese serem estes fatores preponderantes para uma eficiente prestação jurisdicional, nem por isso ficam os membros do Judiciário isentos de culpa pela insatisfação popular, principalmente em razão das inúmeras "imoralidades" quotidianamente surgidas envolvendo magistrados corruptos.

Deixando de lado esse aspecto da corrupção dentro do Poder Judiciário, e partindo do princípio de que ainda há juízes íntegros, temos que, mesmo entre os magistrados honestos, há uma postura que dificulta o acesso à justiça. É muito comum, de fato, os juízes alegarem que “o inferno são os outros” ou “a culpa é de Voltaire” para eximirem-se de cumprir com justiça e eficiência suas funções.

Como anota BARBOSA MOREIRA, “um olhar de frente à realidade desestimula qualquer ilusão ‘piedosa’ sobre a possibilidade de produzir modificações de substância pela utilização de expedientes hermenêuticos ou pela reformulação de textos legais. Isso não deve servir de pretexto, repita-se, a que nos desinteressemos de semelhantes questões e nos encerremos na famosa ‘torre de marfim’. Não alimentar esperanças irrealísticas é uma coisa; outra, bem diferente, é querer descobrir na existência de limites à eficácia do nosso agir uma justificativa cômoda para a renúncia pura e simples à ação. Até porque — e aqui vem a segunda ressalva anunciada — o processualista (ou o jurista, *in genere*), antes de o ser, é membro da comunidade social, comprometido, queira ou não queira, com as vicissitudes dela, e gravado, perante todos os outros, de responsabilidades a que não tem como fugir” (*Notas sobre o problema da efetividade do processo*, p. 82). Sábias, neste ponto, são as Palavras da Bíblia quando dizem: "Infelizes vocês, professores da lei e fariseus fingidos! Vocês se preocupam com limpezas externas, como limpar os copos e os pratos, mas não se preocupam com limpezas internas, dentro de vocês mesmos: limpar a maldade e o desejo de roubo que está dentro de vocês. Fariseus cegos! Para que a limpeza exterior seja válida, é preciso limpar primeiro o interior!" (Evang. de Mateus, 23, 25-27).

O pensamento tradicional do magistrado é o seguinte: ora, se o Legislativo faz leis injustas nós não temos culpa e não podemos fazer nada, porquanto temos que cumprir a lei, já que esta é manifestação da vontade popular; se o Executivo não age visando aos fins traçados na Constituição, também se está de mãos atadas, já que o administrador, desde que o faça visando a finalidade pública, possui discricionariedade para aplicar as verbas onde bem entender. Dizem ainda: não somos “legisladores positivos”, somos meros executores da vontade da lei - e bradando com orgulho - somos “escravos da lei”! Esta ainda é a mentalidade de grande parte da magistratura, infelizmente.

Também é o que os “donos do poder” esperam dos juízes. Para eles, a função do juiz deve ser de simples subserviência. O que se quer é um Judiciário acomodado, não criativo, acrítico, ou seja, não há o menor interesse no funcionamento efetivo do Judiciário⁷. Parte-se do pressuposto de que o magistrado não entende de administração ou política econômica: não sabe o que é necessário para o desenvolvimento do País. Se julga um tributo inconstitucional, está emperrando o crescimento do Brasil e causando graves prejuízos aos cofres públicos (aliás, é notório que ultimamente o Supremo Tribunal Federal vem julgando quase sempre *pro fisco* nas causas em que se discute a constitucionalidade de determinado tributo). Se decide aumentar o salário dos funcionários públicos, fazendo cumprir a determinação constitucional da isonomia, está quebrando o princípio da separação dos poderes e sendo corporativista. Se insiste em velar pela “guarda da Constituição”, está tornando o País ingovernável. Se deixa de aplicar uma medida provisória para cumprir um princípio constitucional, é o responsável pelo desemprego e desestimula investimentos internacionais. Se não cumpre as súmulas dos Tribunais,

⁷ "o Judiciário funciona muito bem: ora, ele é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona!" (CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Mudança Social: Visão de um Juiz de Primeira Instância*. p. 90)

criando uma nova interpretação mais justa da norma, é insubordinado, não científico e causa a insegurança. Se luta pela independência dos magistrados, só está pensando em manter os privilégios. Se é favorável aos movimentos sociais e as causas populares, é um juiz de esquerda que só quer saber de baderna e que não está sendo imparcial (como se os que determinam uma reintegração de posse contra posseiros fossem bastante "neutros"). Se concede uma liminar impedindo a realização de um leilão manifestamente prejudicial ao País, fala-se em censura ao Poder Judiciário, cogitando-se em proibir concessão de tutela cautelar contra a Fazenda Pública ou em ressuscitar a malfadada avocatória. Isso é, em resumo, o que pensam os “donos do poder”, os quais, com o apoio da mídia, tentam incrustar também essa mentalidade no povo. E o pior: muitos juízes, paradoxalmente, são tributários do mesmo pensamento...

É preciso, pois, mudar completamente esta visão. É hora de se quebrar mitos, de se modificar paradigmas e renovar o discurso jurídico. Eis o ponto de partida. Como diria BARBOSA MOREIRA, antes que a lei, aqui é sobretudo a mentalidade dominante que gostaríamos de ver modificada, ou, em outras palavras: “a verdadeira viagem de descobrimento consiste não em buscar novas paisagens, mas em ver com novos olhos” (PROUST).

É verdade que muita coisa vem sendo feita no sentido de se mudar a mentalidade dos magistrados, sempre visando a maior aproximação do Judiciário com a população. Aos poucos vai-se consolidando o entendimento de que o mundo jurídico não pode mais ficar afastado da crise que se desenvolve nos campos econômico, político e social. Não se admite mais um Judiciário de “mera fachada”, servo dos caprichos dos detentores do poder.

ELÍAS DIAZ, sintetiza bem esse novo espírito e mentalidade: ‘Creio, ainda mais, que o Juiz deve salvar-se, e liberar-se, junto com a norma, junto com o Direito, cumprindo uma função criadora na aplicação da norma, contribuindo por sua vez para que esta seja, cada vez mais, autêntica expressão da vontade da

sociedade em que atua, realizando um juízo crítico (positivo ou negativo) da legislação vigente visando ajudar assim na sua transformação com vistas a estes objetivos progressivos de caráter amplo e genuinamente democrático.

O importante, contudo, é que em nosso tempo o Juiz esteja propugnando com firmeza a necessidade de sair definitivamente de seu jurídico isolamento, compreendendo os riscos, e também sobretudo as possibilidades, de seu trabalho na sociedade atual, vendo ao Direito nessa dimensão de totalidade, em interconexão e interdependência com os demais fatores sociais, políticos e econômicos'. (Escrito preliminar à obra 'El Juez y la Sociedad', de Renato Treves, *Ajuris* 44, apresentação).

Os juízes, portanto, nesta nova ambiência, podem e devem tomar uma postura mais ativa e militante, com papel político reconhecido, atuando sempre em função do povo em busca da concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade, altivez e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça (DALLARI, Dalmo. *O Poder dos Juízes*. p. 163.). Deve surgir um *novo juiz*, o qual, doravante, torna-se eticamente responsável pela decisão. Este *novo juiz*, informa BARACHO, citando SCARPELLI, deve ser fiel à Constituição e aos valores políticos desta. Deve estar preocupado em realizar da melhor maneira possível e com a melhor eficácia o serviço social do direito, disposto a assumir um lugar de destaque em prol da liberdade e da paz entre os homens e a sociedade⁸, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e, sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 540).

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania - A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. p. 14

Esse juiz, constantemente inquieto por não se conformar com a observância burocrática de seus deveres, nutre o ideal de se aproximar da verdadeira justiça, e, para tanto, mergulha no árduo mister de “questionar a constitucionalidade dos atos normativos com os quais se defronta, aparando-se na lógica jurídica da razão”. Como destaca CAPELLETTI, apontando o recrudescimento da função jurisdicional, um dos pontos mais importantes da revolução dos direitos humanos ou revolução constitucional do século XX foi “a expansão sem precedentes do controle judicial do poder político” (*apud* MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional do Processo Legislativo*. p. 13). Realmente, os atos normativos - como as leis e, principalmente, as medidas provisórias - passam, portanto, a ser efetivamente fiscalizados, à luz das normas constitucionais, por esse juiz, que se transforma num verdadeiro “guardião da Constituição”. Assim, a própria discricionariedade do legislador passa a ser fiscalizada pelo Poder Judiciário.

Essa maior importância atribuída ao Poder Judiciário na fiscalização dos atos legislativos - e também administrativos (comissivos e omissivos) - não malferirá o princípio da harmonia entre as funções estatais, vez que “a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 363).

O princípio da proporcionalidade será, então, fartamente utilizado pelos operadores do direito, dando uma conotação menos subjetiva e mais racional à decisão judiciária. Isso porque a regra da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes, serve também para frear os impulsos excessivamente subjetivistas do julgador, que passa a ter que observar critérios

objetivos na solução dos casos concretos, sempre motivando suas decisões.

Somente assim, atuando de forma ativa e independente, com vistas a cumprir os objetivos traçados na Carta Magna, poderemos dizer que o Poder Judiciário estará fazendo sua parte na *concretização* do direito fundamental à ação, ou melhor, ao princípio constitucional do acesso à ordem jurídica *justa*. O resto, se não for feito agora, o tempo haverá de fazer. Os juristas só não podemos mais esperar de “braços cruzados” a boa vontade do legislador e do administrador, sobretudo em matéria processual, já que não são os Congressistas nem os Administradores que estão vendo os processos se amontoarem nas prateleiras do fórum. Devemos fazer a nossa parte, qual seja, “descobrir” no próprio arsenal de princípios que o sistema disponibiliza e na própria norma constitucional garantidora do direito de ação a solução adequada para que se possa cumprir a missão constitucional que nos foi conferida e construir nossa própria história: “quem sabe faz a hora não espera acontecer”!

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

"Maldição sobre vós, doutores da lei! Maldição sobre vós, hipócritas! Assemelhais-vos aos sepulcros brancos por fora; o exterior parece formoso, mas o interior está cheio de ossos e podridão". (Bíblia, Mateus, 23, 27-29)

Vimos no tópico anterior que o juiz "aberto aos valores de seu tempo", ao invés de se ater ao velho mito da legalidade ou *fetichismo da lei*, deve utilizar corretamente o princípio da proporcionalidade, visando auxiliar na tarefa de tornar o processo mais efetivo e aproximado da realidade social.

Como dizia LÉON DUGUIT acerca do fetichismo da lei: "a verdade é que a lei é a expressão, não de uma vontade geral, que não existe, não da vontade do Estado, que não existe também, mas da vontade de alguns homens que a votam. Na França a lei é a expressão da vontade dos trezentos e cinquenta deputados e dos duzentos senadores, que formam a maioria habitual na Câmara e no Senado. Fora daí não há mais que ficções e fórmulas vãs" (*apud FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. p. 15*).

De fato, neste período em que a democracia restaurada desponta como valor supremo, o operador do direito, para que seja um jurista constitucionalmente atualizado, tem a obrigação de saber trabalhar o princípio da proporcionalidade, mormente em face das investidas nem sempre legítimas do Poder Público, incluindo-se, por óbvio, o legiferante.

Para bem entender a proporcionalidade, que entra naquela categoria de princípios que são mais fáceis de compreender do que

definir⁹, é preciso esclarecer que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional a consagrando expressamente - tal como ocorre, por exemplo, em Portugal (“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”)-, afigura-se inarredável sua presença “descoberta” no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por ter o Brasil feito a escolha política do **Estado Democrático de Direito**, onde a proteção dos **direitos fundamentais** se desloca para o centro de gravidade da ordem jurídica.

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO vai além ao defender que “não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio de proporcionalidade de um outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade (C. A. BANDEIRA DE MELLO, 1996, cap. I, n. 28, p. 36), ou alguns(n/as) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional (STUMM, 1995, p. 97 s.). Aí haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (Art. 1^o), com objetivos que na prática se conflitam (Art. 3^o), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5^o), co-implicaria na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado a proteção daqueles direitos” (*Processo Constitucional...* p. 79/80).

Urge ressaltar que a doutrina mais autorizada vem fazendo uma distinção entre a abrangência do princípio da proporcionalidade (de origem germânica, assinale-se) e do princípio da razoabilidade (de

⁹ É a lição de PAULO BONAVIDES, invocando XAVIER PHILLIPE, in *Curso de Direito Constitucional*. p. 358.

origem norte-americana), afirmando que não são princípios fungíveis, embora semelhantes em alguns aspectos.

O prof. Luís Roberto Barroso, porém, defende que, em linhas gerais, há uma relação de fungibilidade entre um e outro princípios, podendo os termos razoabilidade e proporcionalidade serem usados indistintamente (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 204). Discordamos desse posicionamento, conquanto ainda seja bastante comum utilizar-se os termos como sinônimos, ou mesmo chamar a proporcionalidade de razoabilidade e vice-versa.

A juíza federal GERMANA OLIVEIRA DE MORAES, a respeito do tema, afirmou:

“inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade” (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*. p. 132).

Aliás, nesta obra, a autora faz um boa comparação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, arrematando que

“os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, detectando-se um ponto comum entre a razoabilidade, na acepção de racionalidade, com o princípio da proporcionalidade, sob as vertentes da adequação e da necessidade, mas nem sempre alcança o princípio da razoabilidade em sua segunda acepção, traduzida pela regra do ‘consenso popular’, que nem sempre abrange a noção de proporcionalidade. (...) A idéia de proporcionalidade, em sua tríplice manifestação, coincide com a noção de racionalidade, isto é, com a primeira acepção do princípio da razoabilidade. No entanto, não se confunde com a noção de razoabilidade em sentido estrito. O *teste de racionalidade* envolve a adoção dos

critérios de proporcionalidade – adequação e exigibilidade, enquanto o *teste de razoabilidade*, relacionado à questão da proporcionalidade em sentido estrito, configura um método de obtenção do equilíbrio entre os interesses em conflito, conforme se explicou anteriormente” (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*. p. 133).

Vê-se que, no direito norte-americano, a razoabilidade (decorrente do *substantive due process*) tem uma acepção quase sempre reduzida à noção de racionalidade, somada a uma concepção de “consenso popular”. No direito germânico, de outro turno, o princípio da proporcionalidade, graças à contribuição jurisprudencial e doutrinária, galgou uma conotação mais objetiva, que se resume nos três elementos parciais (subprincípios) que se seguem:

a) **adequação (pertinência ou aptidão)** entre meio e fim: ou seja, existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são determinados a cabo;

b) **necessidade (exigibilidade ou vedação ou proibição do excesso ou escolha do meio mais suave ou indispensabilidade)**: isto é, entre as soluções possíveis deve-se optar pela menos gravosa, na máxima clássica de JELLINEK: “não se abatem pardais disparando canhões”;

c) **proporcionalidade em sentido estrito**: leva-se em conta os interesses em jogo (equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta), vale dizer, cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de CANOTILHO, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”(apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 208/209).

É, portanto, sob essa tripla dimensão que utilizaremos o princípio da proporcionalidade no presente trabalho, ressaltando, desde já, que qualquer ato do poder público, inclusive os normativos, para que sejam

válidos (i.e., constitucionais), necessitam ser adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, cumprindo ao Judiciário, em última instância e em cada caso concreto, a tarefa de fiscalizar a observância dos referidos "subprincípios da proporcionalidade".

4.1. Os subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito

Para facilitar a compreensão do que vem a ser os três elementos que compõem a proporcionalidade em sentido amplo, que será de suma importância na análise das limitações legais ao direito fundamental de ação, vale citar três situações hipotéticas em que eles não foram atendidos pelo legislador.

4.1.1. Adequação: Suponha-se que o Prefeito de Salvador, no carnaval, proíba a venda de bebidas alcoólicas para evitar e disseminação do vírus da AIDS. Inegavelmente, será inválida essa proibição, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcóolica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV)¹⁰.

Agora um exemplo "processual": hipoteticamente, o legislador, com o objetivo explícito de aumentar a celeridade do processo, edita uma lei aumentando o salário dos juízes. Certamente esta lei não passaria pelo "teste" da proporcionalidade, vez que não há nenhuma relação entre a celeridade processual (fim ou efeito) e o salário dos magistrados (causa), embora esse aumento possa influir na qualidade das decisões.

¹⁰ O exemplo é do professor Luís Roberto Barroso.

Dessume-se, pois, que toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados não há a adequação.

Para aferir a adequação há de se perguntar: **o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?**

4.1.2. Necessidade: Se uma fábrica estiver poluindo o ambiente, mas for possível solucionar o problema pela colocação de um filtro, será inválida, por desproporcional, a decisão do Poder Público de fechar a fábrica. Outro exemplo: se, em uma ação demolitória, o Poder Público pede a demolição de um prédio pelo simples fato de não haverem sido observadas formalidades no ato de autorização de construção da obra, o pedido deve ser julgado improcedente por não ser o meio mais suave de se solucionar o problema.

Na proporcionalidade, está embutida a idéia de vedação ao excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Invoca-se o velho jargão popular: dos males o menor.

Portanto, para aferir a necessidade deve-se perguntar: **o meio escolhido foi o ‘mais suave’ entre as opções existentes?**

4.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito: O Poder Público, visando evitar a destruição de um bem público (uma estátua, por exemplo), coloca ao redor desta estátua uma cerca eletrificada capaz de causar a morte de alguém que pretenda pichá-la. Neste caso, apesar de ser adequada (há relação entre meio e fim), a medida seria inválida, pois não há proporcionalidade em sentido estrito. O bem jurídico *preservação do patrimônio público* é menos importante do que o bem jurídico *vida*. Já dizia JORGE MIRANDA: “o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade [no caso, a vida] prevalece sobre a propriedade” (*apud*. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. p. 51 Esclarecemos).

Deve haver um sopesamento de valores, a fim de que se busque a proporcionalidade, ou seja, verificar-se-á se a medida trará mais benefícios ou prejuízos.

Pergunta-se: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?

Em resumo, “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. p. 75).

4.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil

Em todas as áreas do conhecimento jurídico, o princípio da proporcionalidade tem grande valia na busca da solução justa ao caso concreto. No Direito Processual em particular, por sua vez, a proporcionalidade adquire ainda mais importância, uma vez que o processo é o palco por excelência para se dirimir conflitos intersubjetivos, mormente se se estiverem em rota de colisão direitos fundamentais.

Apenas para aquilatar a importância da proporcionalidade, imagine como se tornaria mais fácil ao magistrado, se soubesse aplicar corretamente o princípio, vislumbrar a possibilidade de concessão ou não de medidas liminares, ou mesmo na *quantificação* de um dano moral e na fixação de honorários advocatícios, isso sem falar na própria solução material do caso concreto. Certamente, seu trabalho tornar-se-ia bem mais simples e objetivo.

Sobretudo se se tratar das chamadas liminares "satisfativas", ou seja, que "esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação" é de suma importância ter em mente o princípio da proporcionalidade, pois, conforme acentua MARCELO LIMA GUERRA, "quando, para neutralizar um *periculum in mora*, não há outra via senão uma *antecipação fática* que 'esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação', uma medida cautelar assim configurada *deve* ser concedida, e lei infraconstitucional não poderá proibir tal concessão" (*Estudos sobre o Processo Cautelar*. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 92). Da mesma forma, MARINONI diz que "muitas vezes o juiz terá que correr o risco de sacrificar um direito para tutelar outro. Tal possibilidade é legítima, pois, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que parece provável, deve-se admitir que o juiz possa correr o risco de provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nesse caso – explica o jurista –, o princípio da probabilidade deve ser conjugado com o princípio da proporcionalidade, já que, quando um direito deve ser sacrificado em proveito de outro – o que pode ocorrer não só no juízo sumário –, faz necessária a ponderação dos direitos em choque" (*Novas Linhas do Processo Civil*. p 109). E mais, ainda com MARINONI: "A tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar" (p. 109). "Definir, na lei, que o juiz não pode conceder a tutela quando ela pode trazer prejuízos irreversíveis ao réu impediria a consideração das particularidades do caso concreto e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia ser a mais adequada" (p. 110).

No que se refere à concessão de liminar, mais especificamente de tutela antecipada, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão proferida em Agravo de instrumento já decidiu, por unanimidade, que

"cabe ao juiz ponderar a prevalência entre os direitos colidentes se, no pedido de expedição de CND, estiverem

presentes, ao mesmo tempo os pressupostos para concessão de tutela antecipada ao Autor e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação ao réu (*periculum in mora inverso*)” (AG 0410519/96 SC, 1ª Turma, rel. JUIZ VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, DJ 10-02-1996 PG: 74462).

Em semelhante sentido, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em um caso que tinha por objeto obrigar o Estado a fornecer medicamentos aos requerentes da medida liminar, assim aplicou o princípio da proporcionalidade:

"O direito à vida dos agravados, a ser assegurado com urgência, prevalece sobre o privilégio de proibição de liminar satisfativa contra o Poder Público, como previsto na Lei n.º 8.437/92, § 3º, do artigo 1º" (Agravo de Instrumento 5.444/96, rel. Des. Alsclepiades Rodrigues).

Recorda-se, ainda, a aplicação do princípio da proporcionalidade na aceitação ou não das chamadas provas ilícitas, conquanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja menos flexível quanto ao aproveitamento de referidas provas na instrução processual penal.

Na sempre oportuna lição de BARBOSA MOREIRA:

"A possibilidade de provar alegações em juízo é ínsita na de submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, XXXV). Não parece razoável que se lhe tenha de sobrepor sempre, abstraindo-se de tudo mais, a preservação da intimidade de quem haja motivos para supor que possa ter incidido, ou estar incidindo, ou em vias de incidir, em algum comportamento antijurídico. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo, no caso concreto, afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme à Justiça. **É exatamente a isso que visa o recurso, ao**

princípio da proporcionalidade"(A *Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas*. p. 19).

Nesse mesmo sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"Ementa: PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. **Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.** 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido. Por unanimidade, negar provimento ao recurso" (RHC 7216/SP, 5ª Turma, Relator Min. EDSON VIDIGAL, DJ: 25/05/1998, PG:00125, Data da Decisão 8/04/1998) - grifou-se.

Interessante observar que a própria autorização da quebra do sigilo telefônico pauta-se, por força do art. 2º, da Lei 9.296/96, pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, o inc. II do citado dispositivo legal diz não ser admissível a interceptação quando "a prova puder ser feita por outros meios disponíveis", ou seja, enuncia o princípio da necessidade (vedação de excesso ou da absoluta exigibilidade). Já o inc. III diz não ser possível a interceptação quando "o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção", o que constitui, inegavelmente, uma manifestação da proporcionalidade em sentido estrito, já que, num sopesamento de valores, não se afigura razoável sacrificar um bem tão precioso quanto a intimidade para que seja assegurado o *jus puniendi* do Estado em infrações de menor potencial ofensivo.

Importante também é a aplicação do princípio da proporcionalidade na aferição de validade (constitucionalidade) das leis concessivas de "prerrogativas processuais" - em sua maioria, verdadeiros privilégios descabidos - à Fazenda Pública, ou seja, ao Estado em juízo¹¹.

Nesse sentido, assim decidiu o Pretório Excelso, em acórdão que julgou inconstitucional a ampliação de prazo de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (Medida Provisória 1.577-6/97, art. 4):

"a igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; **se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios incompatíveis**, como os das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo" (ADIMC 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/06/98) - grifou-se.

Ademais, não se pode negar a semelhança, que de fato existe, entre os dois primeiros aspectos da proporcionalidade, quais sejam, a adequação e a necessidade, com o **interesse de agir** como **condição da ação** no Direito Processual brasileiro.

¹¹ O prof. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, no Capítulo 12 de seu livro *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, discorre, com a atualidade que lhe é peculiar, acerca dos privilégios e prerrogativas processuais da Fazenda Pública, à luz do princípio da proporcionalidade.

A doutrina brasileira entende que o interesse de agir (ou processual) resta configurado quando, com base nas *afirmações* do autor, esteja presente o binômio necessidade/adequação, para o requerente, da tutela por ele pretendida. Ou seja, para aquilatar a presença do interesse de agir, ao verificar as alegações do autor, devem ser feitas as seguintes perguntas, partindo-se do princípio (hipotético e preliminar) de que as afirmações autorais são verdadeiras: somente através da providência solicitada ele poderia satisfazer sua pretensão (necessidade da providência)? Essa providência é adequada a proporcionar tal satisfação (adequação da providência)?

Dessa forma, pode-se afirmar, com segurança, que o Juiz, mesmo sem conhecer o princípio, toda vez que analisa as condições da ação está aplicando, ainda que inconscientemente, duas facetas da proporcionalidade em sentido lato.

A par disso, o próprio Código de Processo Civil cuida, em alguns casos, de exigir a aplicação do princípio da proporcionalidade.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos do art. 620:

“**art. 620.** Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo **modo menos gravoso** para o devedor” (grifou-se).

Assim, nesse caso, o juiz deverá, necessariamente, utilizar o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de exigibilidade, que é conhecido pelos processualistas com o nome de “princípio da menor onerosidade”. Aliás, já se decidiu, com base nesse dispositivo, que se caracteriza “como exacerbada a determinação de se proceder ao desligamento das linhas telefônicas penhoradas, se não existe qualquer indício de defraudação da garantia” (TRF 3^a, Ag. 321964, rel. Juiz Souza Pires, j. 15.10.1992, DJE SP 8.3.1993, p. 145). Aplicou-se, indubitavelmente, no caso, o princípio da proporcionalidade (vedação de excesso).

Outro caso em que há a exigência legal de aplicação do princípio da proporcionalidade é o do art. 805 do CPC, com a redação dada pela Lei 8.952/94:

“**art. 805** - A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia **menos gravosa** para o requerido, sempre que **adequada** e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

Vale lembrar que, em face da evolução operada no estudo do princípio da proporcionalidade, mormente em face de sua “aceitação constitucional”, esses dois dispositivos citados são, por assim dizer, inócuos, ou pelo menos, dispensáveis, já que, quer queira quer não, a proporcionalidade há de ser observada em todos os casos, independentemente de lei exigindo sua aplicação.

4.3 O princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais

“Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um ‘princípio de proporcionalidade’, para que se possa respeitar normas, como os princípios - e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Norma de Direito Fundamental. Disponível On-Line Via URL:).

O princípio da proporcionalidade, conforme já assinalado, tem a função primária de **preservar direitos fundamentais**.

Os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles inseridas, vivem em uma tensão permanente, limitando-se

reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

O conflito entre duas regras jurídicas denomina-se antinomia. Nesse caso, havendo uma relação conflitual entre duas regras em uma dado momento, aplica-se um dos três critérios apontados pela doutrina (cronológico, hierárquico ou da especialidade), na forma do tudo ou nada (*no all or nothing*): “se se dão os fatos por ela estabelecidos, então ou a regra é válida e, em tal caso, deve-se aceitar a conseqüência que ela fornece; ou a regra é inválida e, em tal caso, não influi sobre a decisão” (a citação é de DWORKIN, *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. p. 44). No caso de colisão de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, porém, não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles na forma do tudo ou nada. A existência das normas constitucionais, portanto, é conflitual.

Com acerto, informa BARBOSA MOREIRA:

“com muita freqüência hão de ter-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios tendentes a proteger valores igualmente importantes para o Direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de um fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda a norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio” (*A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas*. p. 14).

As normas de um modo geral, sobretudo as constitucionais definidoras de direitos, muitas vezes, parecem conflitantes, antagônicas até.

À primeira vista, aparentam inconciliáveis o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. E a

norma que determina que a propriedade deve cumprir a sua função social com a que diz que as terras públicas não são passíveis de usucapião, como conciliá-los? O que dizer, outrossim, do princípio à livre iniciativa e as possibilidades de monopólio estatal constitucionalmente previstas? Há, sem dúvida, constante tensão entre as normas constitucionais.

Essa *tensão* existente entre as normas é conseqüência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário, em uma sociedade pluralista. Esses interesses, como não poderiam deixar de ser, em diversos momentos não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções - típica em um “Estado Democrático de Direito” que é a fórmula política adotada por nós - um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

Em conseqüência disso, vê-se, sem muita dificuldade, que não há de se cogitar, num sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos, vale dizer, direitos que sempre prevalecem em detrimento de outros.

A esse respeito, assinalando a relatividade dos direitos fundamentais, assim se manifestou o Pretório Excelso:

“**Não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**.

O **estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o **substrato ético** que as informa - **permite** que sobre elas **incidam**

limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, a **proteger** a integridade do interesse social e, de outro, a **assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum** direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública ou **com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros” (MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

Em igual sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prescreve em seu art. 29:

“1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas”.

Se é fácil aceitar a tese de que os direitos fundamentais não são absolutos, tendo em vista que se limitam entre si, difícil é aceitar que o legislador infraconstitucional possa limitar a abrangência desse direito, que, dada a sua hierarquia constitucional, serve de fundamento de validade para a elaboração das normas inferiores (natureza normogenética das normas constitucionais).

Porém, essa dificuldade é atenuada se se compreender que, dentro do critério da proporcionalidade, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional, desde que - e aqui entra a proporcionalidade - **a limitação seja para preservar um outro direito fundamental**.

Conforme já decidiu a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*):

“De tudo o que se afirmou, resulta que uma norma jurídica somente pode restringir, eficazmente, o âmbito da liberdade

individual (*aligemeine Handlungshrelheit*) se corresponder às exigências estabelecidas pela ordem constitucional. Do prisma processual, significa dizer: todos podem sustentar, na via do recurso constitucional, que uma lei que estabelece restrição à liberdade individual não integra a ordem constitucional, porque afronta, formal ou materialmente, disposições ou princípios constitucionais; (...)” (*apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário. Aspectos inexplorados*. p. 284).

Nesse ponto, o princípio da proporcionalidade surge como uma verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público, sobretudo o legislante. Como assevera PAULO BONAVIDES, citando GRABITZ, a principal função do princípio da proporcionalidade é exercitada na esfera dos direitos fundamentais, servindo ele, antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais (*Curso de Direito Constitucional*. p. 359).

Dessa maneira, ao se limitar um direito fundamental, mesmo através de uma lei infraconstitucional, esta limitação somente será legítima (e possível) se tiver por fim proteger um outro direito fundamental. Ou seja, na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá, desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito fundamental. Ressalte-se que essa limitação ocorre com frequência.

É preciso ter cuidado, porém, para não fazer com que a aceitação da natureza relativa dos direitos fundamentais esvazie o seu conteúdo, ou seja, atinja seu núcleo essencial. O direito fundamental, dentro do seu limite essencial de atuação, é inalterável e, por isso mesmo, seu núcleo é intangível. Daí a necessidade de colocar, reflexivamente, a proporcionalidade como uma limitação à limitação dos direitos fundamentais.

Portanto, como conclusão temos: somente será possível haver limitações às normas constitucionais definidores de direitos, se - e somente se - o poder público se pautar *estritamente* dentro da tripla dimensão da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Veremos, ao estudar situações concretas, onde serão analisadas, à luz da proporcionalidade, a validade ou não de diversas situações em que há limitações ao direito fundamental à ação, que o correto domínio do princípio da proporcionalidade certamente terá o condão de tornar a vida do operador do direito bem mais fácil. Sobretudo aos juízes, é fundamental a compreensão desse princípio; antes de aplicar acriticamente os “rigores da lei”, tal qual um poeta parnasiano do século passado, através do velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma, o magistrado, desde a primeira instância até os mais altos tribunais, deve fazer uma análise tópica, empírica-dialética do caso concreto, buscando, com base na proporcionalidade, a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *pro pricipium*.

Deve, assim, o julgador, como corolário lógico de seu nobre mister, aplicar, sempre que se confrontar com uma situação em que se necessite preservar direitos fundamentais, a regra da proporcionalidade. Se a lei, por acaso, não está em consonância com o princípio, não deve o magistrado temer em relegar a lei a um segundo plano e *concretizar* o preceito constitucional que está em jogo. A função jurisdicional, portanto, só terá sentido se comprometida com os postulados constitucionais; do contrário, melhor não a ter.

A atividade do juiz será, com isso, eminentemente tópica, onde a lei será apenas um dos “*topoi*”, ou seja, um dos critérios a serem utilizados pelo juiz na busca da solução justa ao caso ocorrente.

A tópica, explica BOVANIDES, é um método que parte do “problema à sua solução”, que já era utilizado por ARISTÓTELES, mas foi, modernamente, revitalizada por THEODOR VIEHWG, em

1953. Em suas palavras: a tópica seria “uma técnica de investigação de premissas, uma teoria da natureza de tais premissas bem como de seu emprego na fundamentação do Direito e, enfim, uma teoria de argumentação jurídica volvida primariamente para o problema, para o caso concreto, para o conceito de ‘compreensão prévia’ (*Vorverständnis*), único apto a fundamentar um sistema material do direito, em contraste com o sistema formal do dedutivismo lógico, carente de semelhante fundamentação” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 454).

Com efeito, parte-se do princípio de que o pensamento jurídico é tópico. Assim, “pensar o problema” constitui o âmago da tópica, que é aquela técnica mental que se orienta para o problema. Enquanto o pensamento sistêmico é dedutivo, o pensamento tópico é indutivo-dialético, tratando e conhecendo o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente. “Enquanto técnica jurídica da práxis, estaria [a tópica] sempre volvida para a determinação do ‘respectivamente justo, ou seja, para a solução peculiarmente adequada a cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade. ‘A situação - diz Esser - deve ser compreendida em toda a sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de uma solução” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 448).

Seria, portanto, a tópica uma técnica de chegar ao problema “onde ele se encontra”, elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada. Como arremata PAULO BONAVIDES:

“A tópica parece haver chegado assim na hora exata quando as mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, características do positivismo lógico-dedutivo.

A Constituição representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma 'estrutura aberta' e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico" (*Curso de Direito Constitucional*, p. 452).

Por outro lado, o próprio professor de Direito Constitucional esclarece que a tópica não pode ser levada às últimas conseqüências, sob pena de trazer resultados ruinosos para a normatividade da Constituição, pois, de certa forma, enfraqueceria a importância das normas - e também os princípios constitucionais - que são "rebaixados à condição de pontos de vista ou *topoi*". A tópica "parece não traçar limites à criatividade".

Por essa razão, a tópica não pode ser aplicada ilimitadamente, mas de forma a racionalizar o processo de concretização da norma constitucional. Mais uma vez o princípio da proporcionalidade (que também é um método tópico de interpretação) balizará a aplicação da própria tópica, ou seja, dentro dos quadrantes da proporcionalidade, a atividade do intérprete é ilimitada.

A lei restritiva de direitos fundamentais, portanto, será, na atividade jurisdicional, apenas um norte de atuação (um *topoi*), talvez o mais importante, mas não o único. Assim, se é editada uma lei limitando o direito de ação, por exemplo, no ponto em que garante a tutela cautelar (*ameaça a direito*), esta norma somente poderá ser aplicada pelo magistrado se, com base no princípio da proporcionalidade, em cada caso concreto, não houver um valor constitucional superior que esteja sendo ameaçado. A lei, destarte, enquanto norma genérica e abstrata, somente será "válida no caso concreto" se, na casuística, não levar à injustiça flagrante.

Feitas essas considerações, passemos ao estudo do direito fundamental à ação, analisando, à luz do princípio da proporcionalidade, situações em que o legislador limita esse direito.

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

"a garantia constitucional não se resume na tutela da acionabilidade dos direitos; não basta assegurar o direito de pedir o provimento jurisdicional, se não se garante também a obtenção da tutela; esta não se exaure no direito de ação, mas compreende o exercício das atividades processuais que visam provar o fundamento da pretensão. Negar ou limitar à parte o poder de provar a justeza da pretensão significa, na prática, negar-lhe ou limitar-lhe a possibilidade de agir processualmente para obter a tutela jurisdicional, no caso concreto" (GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. p. 107).

O primeiro passo de quem inicia o estudo do processo é compreender as “fases” de evolução dos modos de solução de conflito.

Tem-se, assim, que, num primeiro estágio de evolução da sociedade, os conflitos intersubjetivos eram resolvidos não pela intervenção do Estado, mas pelo acerto de vontade dos próprios particulares envolvidos no conflito. Era a lei do mais forte, a autotutela, a vingança privada.

Ainda primitivamente, havia a autocomposição, onde uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse de parte dele, sob as seguintes formas: **desistência, submissão e transação**. Vê-se que tanto na autotutela quanto na autocomposição a solução dos conflitos não se dava de forma *imparcial*, mas *parcial*, isto é, pelas próprias *partes* envolvidas (autonomia).

Já, num outro momento, “mais evoluído”, a solução dos conflitos intersubjetivos - que, com o desenvolver da civilização, vão-se tornando cada vez mais complexos – foi transferida a árbitros, ou seja, terceiros *imparciais* (sacerdotes, anciãos *etc*), que, por inspirar a confiança mútua dos contendores e por não possuir algum outro

interesse no conflito, senão a sua própria solução, teriam “legitimidade” para resolver os litígios da maneira mais justa possível (heteronomia).

Por fim, em um estágio mais atual, o Estado, “já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade meditante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*” (GRINOVER, Ada Pellegrini E OUTROS. *Teoria Geral do Processo*. p. 23). Diz-se, assim, que a jurisdição é uma atividade de substituição da vontade das partes (CHIOVENDA), ou seja, haveria uma substituição, por uma atividade pública, de uma atividade alheia, na qual o órgão jurisdicional pronuncia-se sobre a relação jurídica alheia, substituindo as partes.

JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA tece críticas ao critério da substituição de atividades como nota individualizadora da jurisdição: "a afirmação de Chiovenda, repetida sem muito senso crítico pelos processualistas, de que a nota discriminatória da jurisdição residiria na circunstância de ser uma atividade de substituição da atividade alheia, padece de um equívoco básico, qual o de admitir atividades que seriam próprias do Estado em oposição a atividades que seriam próprias dos indivíduos e dos grupos sociais". Na verdade, prossegue o jurista, "todas as atividades exercidas pelo Estado, em qualquer época, são atividades primárias dos indivíduos e grupos sociais em que se integram". Portanto, "a *substituição* não é um elemento particular da jurisdição, mas comum a qualquer atividade do Estado" (*Estudos sobre o Poder Judiciário*. p. 15/16).

A atividade jurisdicional, em sua forma final, teria, então, como instrumento de atuação o processo. A relação processual que se forma com o processo possui a natureza triangular, tendo como sujeitos o autor, o réu e o juiz, ou seja, a relação não se forma só entre autor e réu

(concepção linear do processo), mas também entre o juiz, o qual possui deveres e poderes que o vinculam às partes. Os vínculos processuais que surgem não são apenas entre juiz e autor e juiz e réu (concepção angular do processo), pois a relação se instaura também entre o autor e réu (cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 11).

Este é, de modo simplificado, a forma como se deu a evolução da justiça privada (autotutela) à justiça pública (jurisdição).

Vale ressaltar, por outro lado, que, ainda hoje, todos esses modos de solucionar conflitos intersubjetivos coexistem, sendo um grande erro afirmar que o Estado possui a exclusividade da função de dirimir conflitos.

Do ponto de vista sociológico, o Estado, na realidade, é quem menos soluciona conflitos de interesses.

Como defende MARINONI: “vem surgindo, por outro lado, em alguns setores, não só uma autêntica ‘justiça alternativa’, mas também um ‘direito inoficial’. Em alguns bairros pobres verificou-se que a Associação de Moradores passou a funcionar como verdadeira instância de resolução de conflitos entre vizinhos. Tal situação pode permitir a conclusão de que o Estado contemporâneo, em uma perspectiva sociológica, não tem o monopólio da distribuição da justiça, ou mesmo da produção jurídica. Portanto, o declínio da litigiosidade, acaso verificado, poderá não ser indício de diminuição dos conflitos, mas simples resultado da procura de outras vias de solução para os litígios, menos formais, mais baratos, mais rápidas, existentes no seio da própria sociedade” (*Novas Linhas do Processo Civil*. p. 76).

A grande maioria dos litígios, aliás, nem mesmo chega ao conhecimento do poder estatal. A autotutela, mesmo fora dos casos em que é legalmente permitida, é utilizada em larga escala pelas camadas

“marginalizadas” da sociedade (lembra-se os casos de pistolagem, chacinas, linchamentos *etc*).

Podem ser exemplificados os seguintes casos em que, até hoje, é possível a autotutela: o direito de retenção (C.C., arts. 516, 772, 1.199, 1.279 *etc*), o "desforço imediato" (CC, art. 502), o penhor legal (CC, art. 776), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassam a extrema do prédio (CC, art. 588), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 160, 1.519 e 1.520 (*apud* GRINOVER, Ada Pellegrini E OUTROS. *Teoria Geral do Processo*. p. 29).

A autocomposição, por sua vez, a cada dia vem sendo mais estimulada pelo próprio Estado, que não mais consegue solucionar satisfatoriamente todos os conflitos que lhe são apresentados. A arbitragem, no caso dos direitos disponíveis, torna-se, agora mais do que nunca, tendo em vista a edição da Lei 9.307/96, um meio de se conseguir uma solução mais dinâmica aos conflitos de interesses multi-complexos da atual sociedade “globalizada”, que tem no signo do efêmero a sua nota essencial. Ninguém consegue mais aguardar anos e mais anos por uma resposta estatal que precisaria ser dada em poucos dias, ou até mesmo em poucas horas.

Assim, apesar de ser correto dizer que, sob esse aspecto sociológico, a jurisdição ainda é um modo excepcional de solução de conflitos, não se pode olvidar que ela é a forma institucionalizada, isto é, afora os casos de arbitragem, autotutela e autocomposição permitidas pelo próprio Estado, a única forma autorizada de se dirimir conflitos (manter a eficácia do direito no caso concreto e em última instância, segundo José de Albuquerque Rocha) é através da jurisdição, que é uma manifestação de exercício do poder.

Assim, em razão de o Estado, salvo as raras exceções legais, proibir a autotutela, tipificando, inclusive, como crime "fazer justiça com as próprias mãos", surge, em contrapartida, a necessidade de armar o cidadão com um instrumento capaz de levar a cabo o conflito intersubjetivo em que está envolvido. Esse direito é exercido com a movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional. **É direito à ação.** Dessa forma, “o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional” (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. p. 185).

Lembra-se que o direito de ação evoluiu de uma noção civilista (concreta ao extremo, isto é, ação = direito posto em litígio, ou o **direito concreto à tutela jurídica**, em outras palavras, **direito à sentença favorável**), passando a uma noção, também extrema, meramente processualista e abstrata (o direito à ação é completamente dissociado e autônomo em relação ao direito discutido em juízo, não se dirige ao adversário, mas ao juiz e tem por objeto não o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional, ou seja, **o direito de ação é o direito abstrato de agir**, isto é, **o direito de expor pretensões, de que estas sejam ouvidas, e de que sejam, eventualmente, acolhidas**), e, finalmente, fincando âncoras em uma noção intermediária, **instrumental**, ou seja, nem completamente abstrata nem totalmente concreta. A tomada de consciência de que o processo não pode ser pensado à distância do direito material e da sociedade a que serve, explica MARINONI, reflete-se, hoje, na doutrina que raciocina em termos de “tutela de direitos” e se preocupa em construir técnicas de tutela capazes de permitir uma efetiva – e não meramente formal – proteção do direito material (*Novas Linhas do Processo Civil*. p. 41). Hoje, portanto, tem-se que o direito processual - e, portanto, o direito de ação - não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento volvido ao objetivo da tutela do direito substancial, público e privado; está, por assim dizer, ‘ao serviço’ do direito

substancial, do qual tende a garantir efetividade, ou melhor, a observância e, para o caso de inobservância, a reintegração (CAPPELETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*. p. 17).

Pode-se, com isso, dizer que, em síntese, *o direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa*, respeitando-se, no mais, os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, juiz natural, entre outros). A ação, portanto, além de representar-se como um elemento fundamental da ordem constitucional, de suma importância para a garantia dos demais preceitos normativos, é um verdadeiro ***direito subjetivo***, exercido contra o Estado, mas que obriga igualmente o réu a comparecer em juízo (daí, dizer-se que a ação é igualmente um direito potestativo), quer se trate de um direito substancialmente fundado, quer se afirme um direito material na realidade inexistente.

Afirma-se que o direito de ação é potestativo (CHIOVENDA), porquanto ele torna efetivo um poder jurídico por um ato de vontade do titular, independentemente da cooperação do obrigado, mas produzindo efeitos contra este e sem que este nada possa fazer para evitar a produção de tais efeitos (*apud* COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. p. 35).

O direito de ação, portanto, não é apenas o direito de a pessoa ter *his day in Court*, na sugestiva denominação da Suprema Corte americana, mas uma garantia constitucional que engloba uma infinidade de faculdades (direito à prova, a produzir alegações, ao contraditório, enfim de influir na formação do convencimento do órgão judicial). Como ensina GRINOVER, "o 'mito da ação', sempre considerado do ponto de vista do autor, como possibilidade de

movimentar o processo, há de ser substituído pela experiência, que leva a considerar a ação com vistas às múltiplas posições subjetivas: para FAZZALARI, a ação apresenta-se como situação jurídica composta, ou seja, como o conjunto de poderes, faculdades e deveres do autor, do réu e do juiz, no processo" (*As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 11). Vê-se, pois, que o próprio exercício do direito de defesa do réu pode ser considerado como manifestação do direito fundamental de ação.

Parece mesmo que o direito de ação, em sua dimensão "metaprocessual", de matriz constitucional, atingiu uma conotação bastante semelhante à que é dada ao *procedural due process*, ou seja, ao devido processo em seu sentido originário, formal e procedimental. Já se afirmou, inclusive, que o direito de ação é o direito ao devido processo.

Este fenômeno é facilmente explicável em face de o devido processo ser "o fundamento, sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam" (LOEWENSTEIN), de sorte que o direito de ação decorre, ainda que tangencialmente, do devido processo. Justifica-se, ainda, esse fato em razão de os direitos fundamentais referentes ao processo serem interdependentes, ou seja, eles nada significam se analisados isoladamente, de modo que o importante é vê-los como um todo. Eles compõem um sistema normativo, dinâmico e aberto, uma "totalidade ordenada", como diria BOBBIO. Há, assim, uma necessária interligação entre cada um dos direitos e princípios constitucionais processuais, que se completam mutuamente, compondo uma unidade harmônica, que só se mostra eficaz se se considerados em suas interações mútuas. Na lição de CARMEM ROCHA,

"... nenhum princípio constitucional deve ser considerado isolado ou auto-suficiente. A constituição é uma lei sistematizada em um conjunto de normas que se encadeiam, coordenam-se, enlaçam-se e harmonizam-se para adquirir um significado conjunto, para ser pleno, inteiro" (*apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. p. 82).

Dessa forma, de nada adiantaria assegurar-se o devido processo ou o direito de ação como garantia de acesso ao Judiciário, sem que se fossem, concomitantemente, observados o contraditório, a ampla defesa, a isonomia processual, o direito à prova *etc.* Daí ser correto dizer que o direito de ação é, realmente, o direito ao devido processo ou ao processo justo, adequado, acessível e eficaz. Como ensina Amilton Bueno de Carvalho,

“não se admite, no estágio em que se encontra a civilização, a postergação de tais princípios: como garantir a dialética processual sem o contraditório? Como garantir a justiça sem a ampla defesa? Como evitar a revisão dos atos decisórios sem cair em sistema ditatorial?” (*Papel dos Juízes na Democracia*. p. 367).

Em sua acepção positiva, o direito à ação encontra guarida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo, portanto, corolário do princípio do amplo acesso ao Judiciário e do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Algumas críticas podem, de logo, ser feitas à redação do citado texto constitucional.

Primeiramente, o termo *lei* (“a lei não excluirá”) deve ser interpretado extensivamente, para que sejam incluídos, obviamente, os decretos, as portarias, as medidas provisórias, as leis complementares e até emendas constitucionais que tenham como finalidade excluir da apreciação do Poder Judiciário certas matérias. Ademais, o dispositivo não deve ser entendido apenas como um aviso ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, mas sobretudo ao Poder Judiciário. Explica-se: se é certo que nem o Legislativo pode editar leis que excluam, de modo desproporcional, o controle judicial de determinados atos, nem o Executivo pode promulgar medidas provisórias ou outros atos normativos (primários ou secundários) limitando desproporcionalmente a fiscalização jurisdicional, é igualmente certo que o próprio Poder Judiciário não se pode furtar de apreciar qualquer

lesão ou ameaça a direito, de qualquer espécie que seja. Daí a adoção do princípio do *non liquet* (ou da indeclinabilidade), pelo qual o magistrado não pode deixar de julgar, isto é, mesmo que nada tenha ficado provado, ainda que o juiz não tenha condições de dizer quem tem a razão, ainda que não saiba qual das partes é a vítima e qual o algoz, ainda que ignore qual das partes o está enganando, tem o magistrado o dever de se pronunciar (PORTANOVA, Ruy. *Princípios do Processo Civil*. p. 92).

O termo "*non liquet*" vem da expressão latina *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum* (jurei que o assunto não estava claro, ficando, em consequência, livre daquele julgamento).

A par disso, é de se anotar que a palavra *direito* (“lesão ou ameaça a *direito*”) também diz menos do que a abrangência do dispositivo pretende alcançar. Embora já tenha avançado em relação às constituições anteriores que se referiam apenas a “direito individual”, impõe-se que seja entendido que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário não apenas a lesão ou ameaça *a direito*, mas também lesão ou ameaça a *interesses legítimos*, que são aqueles que, embora não constituam direitos subjetivos em sua clássica acepção, merecem a proteção estatal, como por exemplo, o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, direito este que não possui um titular determinado, pois tem no próprio gênero humano como um todo seu destinatário. Na lição de MARINONI,

“a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui um fenômeno cada vez

mais amplo e freqüente na sociedade contemporânea. Se vivemos em uma sociedade de produção e de consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado processo de massa para tutelar os conflitos emergentes” (*Novas Linhas do Processo Civil*. p. 87).

Por último, já que se falou em direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, relembra-se que estamos vivendo a terceira dimensão dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o direito de ação perde aquele caráter negativista de alhures e algures, onde seria apenas um comando proibitivo ao Legislativo (*a lei não excluirá*), para alcançar uma acepção positiva, abraçada ao princípio da igualdade e da solidariedade, e que gera ao Estado em sentido amplo o dever irrecusável de prestação. Já se falou, inclusive, por este motivo, que o próprio juiz, em razão de sua ascendência dentro do processo, também seria titular do "direito" de ação, uma vez que tem ele a faculdade de produzir provas *ex officio*¹², bem assim de iniciar, independentemente de provocação, uma série de procedimentos, excepcionando-se assim o princípio da inércia inicial ou do “*nemo judex sine actore*”:

“O art. 989 do CPC autoriza o juiz a instaurar de ofício inventário se os outros legitimados não o fizerem em 30 dias após aberta a sucessão. O art. 1.113 autoriza, nas hipóteses em que menciona, o juiz, de ofício, a alienar em leilão bens depositados judicialmente. Pelo art. 1.129, o juiz pode determinar de ofício que o detentor do testamento o exiba. Poderá de ofício o juiz, ainda, determinar a arrecadação de bens, quer em herança jacente (art. 1.142), como de bens de ausentes (art. 1.160). Ainda mais, poderá decretar a falência de ofício nas hipóteses do art. 162 da Lei de Quebras (Decreto-Lei 7.661/45).

¹² É o que diz o art. 130 do CPC: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”

Por igual, e a qualquer tempo, o juiz, cível ou criminal, pode dar ordem de *habeas corpus*, sem necessitar de provocação de qualquer interessado (§ 2º do art. 654 do Código de Processo Penal). Também o Código Eleitoral e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem diversas disposições que autorizam atividades que excepcionam o princípio da inércia da jurisdição” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 117).

Mas não é bem assim. O juiz, na verdade, não é titular do direito de ação, mas somente um agente concretizador de sua normatividade, como todos os demais órgãos estatais. De fato, considerando que a prestação da tutela jurisdicional é um direito fundamental e considerando mais que os direitos fundamentais, em sua atual fase de evolução, exigem uma prestação positiva do Estado, é óbvio que, doravante, o juiz, para concretizar o direito de ação, passa a ter uma importância maior dentro da triangular relação processual, devendo, em consequência, abandonar o comportamento desinteressado tradicional, "conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 54). Aumenta-se, em consequência, sensivelmente os seus poderes assistenciais, visando propiciar a *igualização* das partes e mesmo a efetivação da tutela jurisdicional¹³. A imparcialidade do juiz, neste caso, não estará abalada, como pensam alguns processualistas mais tradicionais. É que, na verdade, o magistrado não estará *tomando partido* em relação a esta ou aquela parte, mas à concretização dos direitos fundamentais e, portanto, à Constituição, que é a norma fundamental que alicerça o Estado Democrático de Direito.

Como consequência direta do aumento dos poderes assistenciais do órgão jurisdicional, com vistas à máxima otimização das normas constitucionais, surge a questão do poder geral de cautela do juiz, que tem a faculdade de conceder a tutela cautelar *ex officio*, na forma do art. 798 do CPC:

¹³ Sobre a igualização das partes no processo, ver PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*.

"...poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação"

E mais: "no caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação da caução" (art. 799, do CPC).

Como explica MARINONI, "a medida cautelar pode ser determinada de ofício, após instaurado o processo, tanto nos casos expressamente previstos em lei como nos excepcionais. A interpretação no sentido de que o art. 797 do Código de Processo Civil só permite ao juiz determinar medida cautelar de ofício nos casos autorizados em lei não tem cabimento, pois essa interpretação revelaria a inutilidade da própria norma, já que não é necessária uma norma para autorizar algo que já está autorizado em outra" (*Novas linhas do Processo Civil*.p. 105).

É perfeitamente defensável, aliás, sem precisar invocar o escudo da "sugestão *de lege ferenda*", que, em nome do valor constitucional consagrador do direito fundamental à completa e efetiva prestação jurisdicional (direito de ação), possa o juiz conceder a própria tutela antecipatória de ofício, independente de requerimento da parte. Lembra-se que, para concretizar um direito fundamental, o magistrado não precisa pedir licença a ninguém.

Trata-se, sem dúvida, de uma visão um tanto quanto "avançada" para os padrões tradicionais do processo, que aprisionam o juiz com as frias algemas da lei. Mas o porvir há de demonstrar que essa conclusão é um corolário lógico desta fase constitucional em que estamos vivendo.

Porém, caso não se admita que o magistrado possa antecipar a tutela jurisdicional de ofício, não parece haver problema, com base nos poderes assistenciais do juiz, em "chamar" a parte autora a manifestar

esse interesse expressamente, sobretudo se a parte estiver mal representada em juízo.

Outra manifestação do aumento dos poderes assistenciais do órgão judicial encontra-se no §5º, do art. 461 do CPC:

"Para efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimentos de atividade nociva, além de requisição de força policial".

Sobre esse dispositivo, verdadeira "norma de encerramento", MARCELO GUERRA, em sua tese de doutorado sobre a execução indireta, discorre com propriedade:

"o §5º, do art. 461 do CPC, em harmonia com os objetivos da recente reforma do CPC, põe nas mãos do juiz instrumentos mais eficazes em ordem à específica e efetiva tutela executiva de qualquer direito consagrado em título executivo, conferindo-lhe poderes para:

- a) determinar os meios sub-rogatórios mais adequados para realizar a execução direta, sempre que os procedimentos disciplinados no CPC revelarem-se insuficientes;
- b) dispor as medidas coercitivas que se revelarem necessárias e adequadas à obtenção do cumprimento (induzido) da obrigação pelo próprio devedor, sempre que, obviamente, essa se mostrar a forma mais eficaz de prestação da tutela executiva" (*Execução Indireta*. p. 64).

Não é despidendo lembrar que, em todos os casos em que pode o juiz agir de ofício, é sempre oportuno, em nome do princípio constitucional do contraditório, ouvir as partes que serão afetadas com a decisão. Realmente, o princípio do contraditório, em sua atual feição, não mais se reduz àquela antiga fórmula da "necessária informação" e "eventual participação". De fato, hoje, o contraditório é, além disso,

uma imposição contra "surpresas" dentro do processo. Assim, "todo o procedimento probatório deve desenvolver-se no pleno contraditório das partes, no diálogo constante entre as partes e o juiz; nenhuma iniciativa de instrução, das partes ou do juiz, pode prosseguir sem que a parte, onerada pela iniciativa, tenha sido capacitada para defender-se e formular as suas contradeduções; nenhum elemento de fato pode ser levado à decisão - único momento, este, no qual o juiz está sozinho de frente ao material de causa - sem ter sido previamente conhecido e discutido" (GALVÃO, Edna Luiza Nobre. *Princípio do Contraditório*). Dessarte, mesmo nos casos em que teria a faculdade de agir de ofício, deve o juiz buscar o diálogo com as partes, visando a máxima otimização do princípio constitucional do contraditório. Não sendo possível o diálogo, ou havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, aí sim pode o juiz agir *inaudita altera parte*, sempre tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade.

Feitas essas considerações em torno do direito fundamental de ação, ressaltando mais uma vez a sua relatividade, passaremos à análise de algumas situações em que há limitações a esse direito para que se possa, à luz do Direito Constitucional, aferir se são válidas ou não.

6. LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

“los principios informativos del proceso no son absolutos, salvo en cuanto al nucleo categóricamente protegido por norma constitucional o legal” (BARBOSA MOREIRA, apud MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas... p. 98)

O direito fundamental à ação, como todo direito fundamental, não é absoluto, mas relativo, podendo ser limitado em certas ocasiões. Diz-se, assim, que a norma garantidora do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88) é uma norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, porém de eficácia contida, na famosa classificação de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**. Ou seja, o legislador ordinário pode restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos; porém, "enquanto o legislador ordinário não expedir normação restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva"; e, a par disso, "são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam" (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 104).

Não pode, contudo, o legislador reduzir-lhe a eficácia ao ponto de atingir o seu núcleo essencial, ou seja, "o legislador pode disciplinar o concreto exercício do direito de ação, desde que o faça de modo a não invalidar praticamente a garantia" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 105). Assim, a atividade legiferante não é ilimitada, pois está jungida à obediência do chamado "limite dos limites".

Como salienta GILMAR FERREIRA MENDES:

"Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites', que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas" (*apud* QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da Razoabilidade....* p. 98/99).

Configura, portanto, erro grasso afirmar que os direitos fundamentais, por possuírem hierarquia constitucional, não podem ter seu conteúdo restringido. Pelo contrário: é da própria natureza dos direitos fundamentais possuírem limitações. Essas limitações podem ser encontradas tanto em normas constitucionais quanto em normas inferiores. Vejamos inicialmente as restrições decorrentes de normas constitucionais para, em pós, analisar as limitações infraconstitucionais ao direito fundamental à ação.

6.1. Limitações decorrente de normas constitucionais

6.1.1. A Justiça Desportiva

Quanto às limitações decorrentes de **normas constitucionais**, exemplo clássico é a questão da Justiça Desportiva.

De fato, o § 1º, do art. 217, da Constituição, determina que

“o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei”.

O jurista Álvaro Melo Filho, responsável pela elaboração da proposta sobre desporto que acolhida pela Assembléia Nacional

Constituinte, assim justifica a restrição do Poder Judiciário quanto à sua atuação em ações concernentes à matéria disciplinar e às competições desportivas: "...a) o congestionamento do Judiciário não permite que as demandas e conflitos desportivos tenham uma tramitação rápida, célere, o que, na prática desportiva, prejudica o normal andamento das competições... b) há um evidente despreparo do Judiciário para o trato das questões jurídico-desportivas que exigem dos julgadores o conhecimento e a vivência de normas, práticas e técnicas desportivas a que, normalmente, não estão afeitos e familiarizados... No que se refere à Justiça Desportiva, cabe ressaltar que a mesma não é tratada como justiça autônoma e independente nem como órgão jurisdicional integrante do Poder Judiciário." (in *Desporto Constitucionalizado*, pág. 207/236). Discordamos, em parte, do professor cearense no ponto em que diz que o Judiciário não está "preparado" para solver as querelas decorrentes dos conflitos nas relações desportivas. Parece correto e salutar, no entanto, estimular a prévia solução controvertida no âmbito doméstico da Justiça Desportiva, antes de se buscar a solução jurisdicional, que - sabemos - é muito desgastante para todas as partes.

Há neste dispositivo uma clara limitação ao direito de ação, isto é, o interessado somente pode exercer o direito de ação, perante órgãos judiciais, após o esgotamento prévio da instância administrativo-desportiva (arbitragem obrigatória), sendo que "a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final" (§ 2º).

Após o exaurimento (princípio da exaustão) das instâncias na Justiça Desportiva, ou expirado o prazo de sessenta dias, aí sim a matéria poderá ser conhecida pelo Poder Judiciário de maneira plena, isto é, a decisão da instância administrativa pode ser revista sob todo e qualquer ângulo (legalidade e legitimidade, isto é, tanto em seus aspectos formais - extrínsecos - quanto em seus contornos materiais - intrínsecos -, incluindo-se, obviamente, o mérito da decisão

administrativa). Esse foi o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

EMENTA: "Ação judicial relativa à disciplina e competições desportivas. Admissibilidade, após esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva (art. 217, § 1º da CF). Em face do disposto no § 2º do mesmo art. 217 da CF, tendo a Justiça Desportiva o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo para proferir decisão final, o exaurimento desse prazo não impede o acesso ao Judiciário. (Agravo de Instrumento n. 97.000651-9, de Balneário Camboriú. Quarta Câmara Civil, Decisão: 6 de março de 1997, Relator: Desembargador João José Schaefer).

Em face da referida limitação constitucional ao acesso ao Judiciário, caso venha a ser proposta uma ação perante à Justiça Comum, relativas à disciplina e às competições desportivas, antes do esgotamento prévio da instância administrativa ou antes de findo o prazo de sessenta dias, esta ação deve ser extinta sem julgamento do mérito, em decorrência da ausência de pressuposto processual (pressuposto de constituição e de desenvolvimento regular do processo), qual seja, a "arbitragem obrigatória", consistente no exaurimento da instância desportivo-administrativa (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária*). Por outro lado, há quem possa entender que a referida ação deve ser extinta por carência da ação, ou seja, ante a falta de interesse de agir ou mesmo impossibilidade jurídica do pedido. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, dissertando sobre a questão, assim se pronuncia:

“...esse permissivo constitucional é de fundamental importância. Por ele, fica aberta a possibilidade de que o Judiciário não conheça de determinada controvérsia oriunda do desporto, indeferindo liminarmente o pedido inicial, ou dando pela carência de ação, à mingua de interesse de agir, exatamente

porque o autor, no caso, não terá feito a prova de que cumprira aquele pré-requisito. Ou, por outras palavras, não existirá, propriamente uma “lide”, porque sem a prova de que esgotou a fase administrativa, o autor não poderá demonstrar a necessidade, ou a imperiosidade, ou a utilidade do provimento jurisdicional pretendido. De outra parte, a característica básica da jurisdição é ser substitutiva; ora, na medida em que se não esgotou a fase suasória, não existe, ainda um conflito de interesses invencível; logo, enquanto perdurar essa situação, são sobrar “espaço”, vale dizer, legitimidade, para a intervenção jurisdicional” (*A inafastabilidade do Controle Jurisdicional e suas Exceções- Estudo quanto à aplicação do tema à Justiça Desportiva no âmbito do futebol*, Revista de Processo, n.º31/37).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

"EMENTA: COMPETÊNCIA - Futebol - Questão relativa a participação em campeonato - Necessidade do esgotamento da Instância desportiva - Artigo 217, § 1º, da Constituição da República - Incompetência da Justiça Comum - Carência da ação - Recurso provido. (Apelação Cível n. 212.895-2 - Franca - Décima Primeira Câmara Civil - TJSP - 1993)

É interessante observar que a Jurisprudência tem "atenuado" essa exceção ao princípio do acesso ao Judiciário, permitindo que, em situações excepcionalíssimas, em que haja manifesta probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, possa a Justiça Comum, independentemente do esgotamento prévio da instância administrativa ou do fim do transcurso do prazo de sessenta dias, prestar a tutela jurisdicional, sobretudo se for manifesta a má-fé da Justiça Desportiva no sentido de protelar a decisão.

Sabe-se que, no mais das vezes, durante as competições desportivas, os Clubes têm-se socorrido ao Judiciário com o fito de suspender o torneio até o pronunciamento final da Justiça Desportiva sobre determinada matéria ou mesmo visando a adjudicação de pontos conquistados no chamado "tapetão". Aliás, essa prática já vem

tornando-se bastante comum nos campeonatos de futebol nacionais e locais.

A nosso ver, parece óbvio que, se o próprio direito fundamental à ação é relativo, também será relativa qualquer exceção a este direito. Assim, em casos extremos, em que, por exemplo, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação seja patente, exigindo uma pronta atuação do Poder Judiciário, é possível que, com base numa ponderação fundada na proporcionalidade, a Justiça Comum resolva a questão antes mesmo do esgotamento da instância administrativa ou do prazo constitucionalmente previsto. Neste ponto - frise-se - o princípio da proporcionalidade em sentido estrito há de ser observado com bastante cautela, levando-se em conta todos os interesses em jogo, que, sabemos, são muitos.

Assim, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:
EMENTA: (...) AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) - (Art. 217, § 1º., da C.F.) - Havendo a possibilidade de ocorrência de prejuízo de difícil e incerta reparação, com fundamento no art. 5º., inciso XXXV da Constituição Federal, possível e previsível é a intervenção do Judiciário, desde que adequadamente provocado. (Agravo de instrumento n. 5.377, de Tijucas. Terceira Câmara Civil, data da decisão: 16 de outubro de 1990, Relator: Des. Cid Pedroso, Publicado no DJESC nº 8.134 - Pág 03 - 21/11/90)

6.1.1.1. O Caso GAMA

Em face do que foi exposto, não se pode furtar de analisar o chamado "caso Gama", que muitas controvérsias gerou.

A SOCIEDADE ESPORTIVA DO GAMA foi favorecida com uma decisão judicial da Justiça Federal, em ação civil pública aforada

pelo Partido da Frente Liberal - PFL - DF (chamado, no caso, por Álvaro Melo Filho, ironicamente de "laranja desportiva"), que tinha como objeto garantir a permanência do clube brasileiro na primeira divisão do campeonato brasileiro de futebol. Quanto à possibilidade do recurso às vias judiciais, na hipótese, não havia dúvida, vez que já haviam-se exauridas todas vias administrativas.

Ocorre que a FIFA (*Federation Internationale de Football Association*) houve por bem punir o clube de Brasília, suspendendo-o temporariamente das competições internacionais. E o pior: os clubes filiados à CBF estão proibidos temporariamente de jogar com o Gama.

A decisão da entidade internacional baseou-se no art. 59 do seu Estatuto, que prescreve, na íntegra e no original:

"Art. 59. 1. National associations, clubs or club members shall not be permitted to refer disputes with the Federation or other associations, clubs or club members to a court of law and they shall agree to submit each one of such disputes to an arbitration tribunal appointed by common consent.

2. The national associations must, in order to give effect to the foregoing, insert a clause in their statutes by which their clubs and members shall not be permitted to take a dispute to courts of law but shall be required to submit any disagreement to the jurisdiction of the association or to an arbitration tribunal.

3. Even if the law of a country allows clubs or club members to contest at a civil court any decisions pronounced by sports bodies, clubs or club members shall refrain from doing so until all the possibilities of sports jurisdiction within, or under the responsibility of, their national association have been exhausted. The national associations shall ensure, as far as they can competently do so, that their clubs and club members observe this obligation and that they are aware of the consequences of disregarding it (cf. §2 and 6).

4. In the event of disagreement between two or several associations which are unable to agree on the composition of the

arbitration tribunal, the Executive Committee shall have the right to decide. This decision shall be final and binding upon the associations concerned.

5. National associations, clubs or club members shall adhere strictly to the decisions taken by the competent bodies in respect of disputes in accordance with the terms of the foregoing paragraphs.

6. Any breach of the aforementioned provisions shall be sanctioned in accordance with the FIFA List of Disciplinary Measures (cf. Art. 40). Any club which contravenes the terms outlined above may be sanctioned by being suspended from all international activity (official competitions and friendly matches) in addition to receiving a ban on all international matches (involving national associations and clubs) played in its stadium.

7. Disputes regarding the transfer and eligibility of players shall be settled in accordance with the procedure laid down in Art. 34 of these Statutes".

Em resumo, é proibido aos clubes o acesso à Justiça Comum para resolver conflitos decorrentes das atividades desportivas. O interessante é que, por esta razão, a CBF, na mesma decisão que puniu o GAMA, foi obrigada a restabelecer as questões referentes ao Direito Desportivo no Brasil, sob ameaça do país ser retirado das competições internacionais.

A decisão da FIFA, neste caso, foi um verdadeiro atentado aos direitos humanos proclamados universalmente em tratados internacionais.

O art. 8º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, prescreve que:

"Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei".

A par disso, inúmeros outros tratados garantem o livre acesso às cortes de justiça de cada Estado, garantido a todos a prestação da tutela jurisdicional.

O art. 59 do Estatuto da FIFA, portanto, é nulo não apenas em face da Constituição da República Federativa do Brasil, mas igualmente de inúmeros tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

Cumprido, pois, às Cortes Internacionais adotar as medidas cabíveis contra esta abominável violação aos direitos humanos praticada pela FIFA, possibilitando o acesso à Justiça a todos e cumprindo, dessa forma, os tratados internacionais, que possuem eficácia universal, inclusive se se tratar de organismos privados.

Como já afirmamos em outra oportunidade:

"atualmente, os direitos fundamentais, sejam de defesa, sejam a prestações, são oponíveis não só aos Estados mas, da mesma forma, em decorrência do acúmulo de poder econômico, aos indivíduos e às empresas privadas, não sendo raras as situações em que estas pessoas violam os direitos humanos" (*Os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário: elementos para a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário*, p. 40).

6.1.2. As punições disciplinares militares

Outra manifestação da relatividade do princípio da ação encontra-se no §2º, do art. 142, da CF/88, que determina que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Quanto a esta limitação constitucional, é de se ressaltar que os Tribunais pátrios a interpretam restritivamente, ou seja,

“o entendimento relativo ao § 20 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia ‘*habeas corpus*’, não

impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado a função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar” (HC70648, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgado em: 09/11/1993).

E mais:

"RHC - *HABEAS CORPUS* - POLÍCIA MILITAR - SANÇÃO DISCIPLINAR - ADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 142, PAR-2. DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - NÃO CABE *HABEAS CORPUS* EM RELAÇÃO A PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES. A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, ou seja quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da sanção. A franquia constitucional é ampla relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais se incluem a competência do agente, a oportunidade de defesa ampla e análise das razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. O art. 142, par-2. da Constituição da República alcança a Polícia Militar porque auxiliar e reserva do Exército (art. 144, par-5.)" (STJ, RHC 1375/SP (1991/0014136-4), DJ: 16/10/1991 PG:14488, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Sexta Turma)

Portanto, os atos administrativos punitivos, de origem disciplinar militar, não são imunes, de forma absoluta, ao controle jurisdicional, pois é possível a utilização do *habeas corpus* para que seja verificada pelo Poder Judiciário a observância dos aspectos formais da punição (vícios da legalidade), entre os quais, "a competência do agente, o direito de defesa e as razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade" e, inclusive, "os pressupostos do próprio mérito" (proporcionalidade da medida). É o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: RHC - CONSTITUCIONAL - "HABEAS CORPUS" - MILITAR - PUNIÇÃO - A Constituição estatui no art. 142, § 2º, que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Decorre das características da disciplina nas Forças Armadas e em outras instituições que lhe são reserva. Elabora-se, contudo, distinção. É inadequado para debater o mérito da sanção, idôneo, entretanto, para analisar o aspecto da legalidade e os **pressupostos do próprio mérito**" (RHC 1.834-0 - DF - Sexta Turma - 1992, (Registro nº 92.0004925-7) Relator: Min. Vicente Cernicchiaro).

Para que possa haver o controle dos "pressupostos do próprio mérito", e, em consequência, a proporcionalidade na medida, é fundamental que haja uma análise por parte do magistrado de toda a situação fática (motivo) que ensejou a punição e não apenas as garantias formais do procedimento, ou seja, "o juiz pode e deve descer ao exame das provas nos processos administrativos, a fim de verificar se houve, ou não, lesão de direito individual" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 161). É que o que ocorre, na realidade, quando muito, é um verdadeiro "teatro" processual na corporação castrense, um mero arremedo de defesa com o fito de dar-se um manto de legalidade ao procedimento que pune o militar: nomeia-se um defensor (geralmente um oficial que, muitas vezes, nem mesmo é bacharel em direito), dá-se a oportunidade para produção provas, apresentam-se os memoriais e, ao final, apesar de não se concluir nada, o militar é punido severamente, podendo mesmo ser preso por vários meses, num abominável "*bis in idem*", onde se aplicam várias punições por uma mesma transgressão. Formalmente, parece inarredável que foram obedecidos os ditames constitucionais. No entanto, sob o ponto de vista substancial, percebe-se que o procedimento foi uma farsa, uma panacéia, um simulacro de devido processo.

Não se pode perder de vista que todas as garantias constitucionais - não só o direito de ação - não são meras garantias formais, "maquiadas" de materialidade. A observância ao contraditório

e à ampla defesa também no processo administrativo-militar não pode cingir-se ao simples respeito às “portarias” e à aparente observância dos procedimentos regulamentares. Vão muito mais além. Exigem um julgamento justo e imparcial. O julgador que aplicará a punição deve, tendo em vista a consecução do bem comum e o sentimento de justiça, examinar, de forma imparcial e equânime, tanto a tese apresentada pelo acusador quanto pelo acusado. De que adiantaria ouvir dez testemunhas, juntar dez petições aos autos, contraditar provas em busca da inocência, se, no final, valerá mais a vontade (*rectius*, arbítrio) completamente imotivada do julgador? Pode-se dizer, com isso, que o princípio da ampla defesa e do contraditório caminha lado a lado com o princípio da verdade substancial também nos processos disciplinares: “não se pode pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. p. 200).

Em face disso, o magistrado, em casos tais, a despeito da limitação constitucional, não fica impedido de analisar a fundo os pressupostos que ensejaram a punição, desde que - e aqui está o *telos*, ou seja, a finalidade da norma constitucional - não interfira no “mérito” do ato. Assim, por exemplo, se o militar foi punido com “trinta dias de reclusão” por não ter engraxado o coturno, ou por ter desobedecido uma ordem de menor importância, é inegável que essa punição foi excessiva, malferindo a proporcionalidade, razão pela qual pode e deve ser revista pelo Poder Judiciário. O que não é permitido ao Judiciário é interferir na zona de discricionariedade inerente ao Poder (Dever) Hierárquico, no qual se baseou a punição. Ou seja, se o ato punitivo não ultrapassou a margem de liberdade que a Constituição confere ao Administrador (militar), dentro dos critérios da discricionariedade, razoabilidade e proporcionalidade, falece “título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. p. 24).

Poder-se-ia dizer, em face desse dispositivo constitucional ora comentado, que, por não caber o *habeas corpus* contra punições disciplinares militares, seria perfeitamente cabível o mandado de segurança para questionar o ato punitivo em toda sua amplitude, já que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX, da CF/88) - grifou-se. Tal entendimento, porém, é no mínimo medíocre, já que a finalidade do preceito constitucional é manifesta: contra as transgressões militares de cunho disciplinar em que esteja em jogo a liberdade de ir e vir não será possível ao Poder Judiciário, seja por que ação for, aferir as condições de sua legitimidade, ou seja, do mérito da punição (conveniência e oportunidade). A propósito, esse foi o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "(...) é de se indeferir mandado de segurança que almeja obter por via transversa o cancelamento de prisão disciplinar" (ROMS 3360/RJ (1993/0022847-1) DJ:16/05/1994 PG:11787, Rel. Min. PEDRO ACIOLI).

Porém, caso não se esteja discutindo matéria relativa à liberdade de ir e vir, seria cabível o mandado de segurança? A lei do mandado de segurança contém dispositivo proibindo peremptoriamente tal recurso, desta feita abrangendo os atos disciplinares de qualquer natureza: "não se dará de mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial" (art. 5º, inc. III, da Lei 1.533/51). O preceito, no entanto, é inconstitucional, pois limita desproporcionalmente o direito fundamental à ação mandamental. Vejamos.

A primeira pergunta a ser feita, para se aferir a sua proporcionalidade, é a seguinte: seria adequada a limitação? Parece-nos que não. Afinal, caso se sinta lesado em seu direito, o administrado que sofreu a punição disciplinar poderia perfeitamente socorrer-se às vias ordinárias para ver restaurada sua situação jurídica. Qual seria,

então, a pertinência lógica (relação entre meio e fim) da medida? Absolutamente nenhuma, pois se o que se pretende é impedir que o Judiciário fiscalize o ato punitivo, esta finalidade se mostra inócua, pois, nas ações comuns (de conhecimento) às portas do Judiciário estará sempre aberta para a discussão de qualquer lesão a direito.

Ademais, não é necessária a medida, até porque atinge o âmago do direito de impetrar o *mandamus* (o preceito é taxativo), donde se concluir que é manifestamente excessivo, atingindo o núcleo substancial do direito fundamental em questão.

Por fim, nem mesmo é proporcional em sentido estrito o preceito, pois, no caso, não há nenhum interesse juridicamente superior capaz de justificar a limitação ao direito fundamental. Assim, numa ponderação de valores, a lei infraconstitucional restringiu um valor consagrado constitucionalmente, sem pretender preservar um valor superior.

Inválida, portanto, o dispositivo, por afronta aos três aspectos da proporcionalidade em sentido amplo. Caso haja violação a direito líquido e certo de servidor, em decorrência ilegalidade ou abuso de poder nas matérias referentes às punições disciplinares, será cabível a impetração do remédio heróico, não podendo o Judiciário se furtar de apreciar o seu mérito.

De outra parte, pode-se argumentar em prol do preceito que a limitação seria válida, pois pretendeu, na realidade, possibilitar a máxima otimização do princípio constitucional da separação de poderes, uma vez que o controle jurisdicional de atos disciplinares seria uma afronta à independência entre os poderes, já que o Judiciário não pode fiscalizar o mérito dos atos administrativos. O argumento expandido, no entanto, não se sustenta, tanto pelo que já se disse sobre a possibilidade do controle judicial das próprias transgressões disciplinares militares quanto pelo que se dirá no próximo tópico acerca da possibilidade do controle do mérito dos atos administrativos pelo Judiciário.

Ressalte-se, por oportuno, que é bastante comum os Regulamentos Disciplinares Militares estabelecerem restrições outras ao acesso ao Judiciário totalmente descabidas. Assim, por exemplo, o Regulamento Disciplinar para a Marinha (Decreto 38.010), de forma até irônica, determina em seu art. 7º, n. 13, que constitui transgressão disciplinar "representar contra superior sem prévia autorização deste". Se não fosse tão cômica esta norma, poder-se-ia arrolar inúmeros argumentos defendendo a sua inconstitucionalidade, que é manifesta. Porém, parece-nos completamente desnecessário tecer maiores considerações nesse sentido. A norma fulmina-se por si só: é autofágica.

Para concluir: essas duas limitações ao direito fundamental de ação (relativas à disciplina e competições desportivas e à punição disciplinar militar), decorrentes de normas da Constituição, não são inconstitucionais. É que, como decorrência do princípio da unidade da Constituição, afasta-se de logo a existência de **hierarquia jurídica** entre qualquer norma constitucional (seja regra, seja princípio), pois todas têm igual dignidade, salvo, é óbvio, as normas elaboradas pelo legislador constituinte reformador, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já admitiu esta possibilidade (ADIn 939), desde que as emendas constitucionais maculem as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no §4º do art. 60.

Pelo princípio da unidade da Constituição, "a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas" (cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 42). Como decorrência imediata deste princípio, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais inconstitucionais (antinômicas), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si. Ora, se a Constituição é um *sistema* de normas, um *lucidos ordo*, como era sempre advertido por Ruy Barbosa, que confere unidade a todo o

ordenamento jurídico, disciplinando unitária e congruentemente as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir não há como conceber a existência de normas constitucionais provenientes do poder constituinte originário inconstitucionais. Para os que aceitam a existência de um direito supra-estatal, aí sim pode-se aceitar a idéia de normas constitucionais inválidas, porquanto violadoras de valores superiores, como a dignidade da pessoa humana *etc.* No entanto, na atual fase de evolução de nosso direito positivo-constitucional, esta discussão, a nosso ver, carece de maior importância, dado o indiscutível caráter democrático e legítimo de nossa Carta Fundamental, atingindo quase a plenitude - pelo menos tendo em vista os parâmetros e anseios da sociedade brasileira em sua atual fase de evolução - no que diz respeito à declaração e à garantia dos direitos fundamentais, em fina sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos sobre os Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. De qualquer forma, reforçando essa posição, assentou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que "a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando asa à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida" (ADIn 815-3, rel. Moreira Alves, DJ 10 de maio de 1996).

6.2. Limitações decorrentes da "doutrina" e da "Jurisprudência"

A par dessas limitações constitucionais, a própria **doutrina e jurisprudência** mitigam o princípio da inafastabilidade do controle judicial, elencando situações em que o Poder Judiciário não pode se imiscuir e prestar a tutela jurisdicional, **sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes**. Assim, na realidade, essas limitações doutrinárias e jurisprudenciais são de origem constitucional,

visando a primazia da independência e harmonia entre os Poderes do Estado¹⁴.

Exemplo disso é a impossibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário do mérito do ato administrativo (no que tange, portanto, a sua oportunidade e conveniência) e a questão dos atos *interna corporis*. Vejamos, de per si, cada uma desses limitações.

6.2.1. O mérito do ato administrativo

"Os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade, (art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira), do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo

¹⁴ O termo "poder" é aqui utilizado com acepção semelhante à dada por Montesquieu, qual seja, a de "Poder Constituído", pois, conquanto seja termo bastante criticado - vez que "poder", no aspecto substancial, é uno e indivisível e pertence ao povo - ainda está consagrado em nossa Carta Magna e reforça a importância e força política das três funções estatais, além de ser amplamente usado pela melhor doutrina. Nas palavras de José de Albuquerque Rocha: "a 'divisão dos poderes', na verdade, é divisão de órgãos, ou separação relativa de órgãos, para exercitarem as distintas funções do Estado. Uma coisa é o poder do Estado, uno e indivisível, outra coisa é a diversidade de funções com a correspondente diversidade de órgãos preordenados ao seu exercício" (*Estudos sobre o Poder Judiciário*. p. 13)

ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente" (MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. p. 176).

É vetusto o entendimento de que não cabe o controle judicial do mérito do ato administrativo. Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tradicionais informam que os atos administrativos discricionários só podem ser questionados judicialmente em seus aspectos de legalidade; afinal, a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Portanto, dentro da área legalmente aberta da "conveniência" e "oportunidade" o administrador seria livre para agir da forma como bem entendesse, desde que, obviamente, não ultrapassasse a barreira imposta pela lei.

Haveria, dessa forma, uma clara limitação ao princípio da inafastabilidade da proteção jurisdicional, porquanto existiriam atos administrativos "imunes" ao controle judicial.

O posicionamento mais recente, no entanto, como decorrência mesma da ascensão do Judiciário como verdadeiro poder constituído, alarga ainda mais o campo de abrangência do controle judicial dos atos administrativos, inclusive dos atos discricionários. Diz-se, com isso, que o administrador não tem apenas o dever jurídico da boa administração (agindo em observância da legalidade), mas o da *melhor administração para atingir a finalidade pública* (dentro do critério de moralidade).

Assim, a fiscalização jurisdicional não mais se cinge à mera observância dos aspectos formais (vícios de legalidade) do ato. Vai muito mais além, incluindo a sua própria legitimidade e moralidade, sempre com vistas a aquilatar se o administrador está realmente agindo da *melhor* forma possível.

Seguindo esse posicionamento, RAPHAEL AUGUSTO SOFIATI DE QUEIROZ informa que a discussão doutrinária acerca da

possibilidade de controle dos atos discricionários "parece ter perdido força com a introdução, na Constituição da República, através da Emenda Constitucional n.º 19, do princípio da eficiência. Não há como, frente a esse princípio, sustentar-se que o administrador não tem o dever da melhor opção. Indubitavelmente, nos dias de hoje, a maior limitação ao poder discricionário do administrador está na eficiência exigida na melhor administração" (*Os princípios da Razoabilidade...p. 88*).

Antes mesmo da introdução no nosso texto constitucional do princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37), SÉRGIO FERRAZ já defendia o dever da melhor administração, entre as possíveis no ato discricionário:

"O que habitualmente se chama de discricionariedade não é quase sempre senão fruto da insuficiência de palavras que traduzem o mandamento legal (...). Por isso, onde se vê discricionariedade, o que se tem na verdade, freqüentemente, é pura e simplesmente uma inanidade semântica, dificuldade terminológica e, de qualquer maneira, uma impossibilidade do raciocínio de, em face de várias possibilidades, de várias alternativas de atuação do julgador ou do administrador, saber escolher uma única e somente aquela, *que é à que estão obrigados administrador e julgador: qual seja, a melhor.* (...) O administrador e o julgador têm a obrigação legal de optar só pela solução que mais se aproxime dos interesses da coletividade, que mais realize a tônica do interesse público. *Daí não ser exata a afirmativa, que se faz, de que não cabe, por exemplo, ao Poder Judiciário, controlar a chamada atividade discricionária da administração.* (...) Nessa corrente de idéias, *parece rematado absurdo, venia concessa dos que em contrário pensam, afirmar a não sindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo*" (*apud QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. Os princípios da Razoabilidade.... p. 88/89*) - grifou-se.

Obviamente, ao afirmar que o administrador tem o dever de adotar a melhor solução entre as possíveis, não queremos dizer que a discricionariedade não mais existe. Claro que não. Ainda há a discricionariedade, mas ela está jungida ao plano normativo, abstrato. Expliquemos. Abstratamente, o comando da norma permite ao Administrador inúmeras soluções a uma determinada situação fática, todas elas "legalmente" possíveis: agir ou não agir, agir de tal ou qual forma, agir em tal ou qual momento *etc.* No entanto, descendo do plano abstrato ao caso concreto, o administrador terá o dever jurídico de praticar, "não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquela que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. p. 33). Se, no caso concreto, for possível aquilatar que o administrador não agiu da melhor forma possível, não importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, aí então o Judiciário poderia anular este ato com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Por outro lado, caso não se possa aferir qual é a solução ótima, em outras palavras, se não se puder *provar* que o administrador não agiu da melhor forma possível, faleceria ao Poder Judiciário legitimidade para controlar a validade ou não do referido ato, vez que aí a discricionariedade do administrador estaria preservada.

Assim, a discricionariedade do administrador seria "pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. p. 43). Em outros termos: "em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderia ser adotada" (p. 44).

Percebe-se, com isso, que se operou uma profunda intensificação no controle jurisdicional no que tange à investigação da validade dos

atos discricionários, ou melhor, dos atos praticados no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o compõem ou o condicionam. As novas funções agora atribuídas aos magistrados, com uma participação política ativa na solução dos problemas sociais e econômicos, exigem uma atuação efetiva no amplo controle dos atos administrativos, não mais cingida à aferição dos critérios formais de legalidade. Como já decidiu o Pretório Excelso, "é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo" (MS-20999 / DF, Pleno, Relator Ministro CELSO DE MELLO DJ 25-05-90 PG-04605).

Parece-nos, contudo, que a noção de "interesse público" e de "finalidade pública" são muito fluidas (indeterminadas) para embasarem objetivamente o posicionamento do julgador e, também, do administrador na busca da "melhor solução entre as possíveis", tendo em vista que tais noções "comportam, realmente, inteleccões não necessariamente uniformes, pois, como as realidades para as quais apontam são *suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis*, ensancham opiniões divergentes sobre o fato de haverem ou não chegado a se configurar" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariade e Controle Jurisdicional*. p. 19). Mais correto seria se se falasse em uma "finalidade constitucional", fundada nos objetivos traçados pela Carta Magna, tais como "construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, da CF/88), e sempre tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

É de se ressaltar, por outro lado, que a jurisprudência majoritária ainda reflete o posicionamento tradicional, no sentido de que é vedado ao Judiciário examinar o mérito dos atos administrativos.

Exemplo disso, é o entendimento pretoriano de que as questões de concursos públicos não são passíveis de controle jurisdicional. Nesse diapasão, sobejam decisões:

"O critério de correção e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido pelo Judiciário, limitando-se a atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo. Hipótese em que a pretensão do impetrante implica apreciação do mérito do ato da Administração, vedado ao Juiz." (STJ, RMS nº 367-RS, Reg. nº 9002368, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma. Unânime. DJ 25.06.90)

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE PROVA OBJETIVA. Em matéria de concurso público, o Poder Judiciário não deve imiscuir-se no exame de correção e atribuições de notas concedidas aos candidatos pelas provas prestadas e não pode servir de árbitro para solucionar a divergência, pois ultrapassaria os lindes do seu controle sobre os atos administrativos, que têm como fronteira o seu mérito". (APC - APELAÇÃO CÍVEL Nº 39.727/96 - BRASÍLIA - DF - SEGUNDA TURMA CÍVEL - TJDF - 1997)

Discordamos taxativamente desse posicionamento. Afinal, entender que as "questões de concursos" são matérias imunes ao controle jurisdicional é ir na contramão da história. Em casos tais, o juiz nada mais estaria fazendo do que "interpretar" as situações jurídicas possivelmente lesadas em razão da "escolha" da Administração. Donde estaria, portanto, o malferimento ao princípio da separação dos poderes, se é da própria natureza da função jurisdicional "dizer o direito"? Mesmo em casos nos quais o conhecimento técnico da questão fugisse ao campo de cognição do

magistrado (questões "não jurídicas"), parece óbvio que poderá o órgão jurisdicional nomear peritos "*experts*" na matéria, capazes de oferecer uma solução imparcial, que será ponderada no momento de se proferir a solução mais justa. Como explica JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, referindo-se à apreciação jurisdicional dos exames, "nessas situações examina-se a efetiva proteção jurídica dos direitos fundamentais e o acesso à justiça. Nesta matéria, os direitos fundamentais consagrados vinculam as autoridades administrativas envolvidas, bem como o tribunal, no que se refere as diferenças de opinião especificamente técnica, entre examinados e examinadores, no que se refere também à sustentabilidade técnica das respostas dadas nos exames" (*Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. p. 75). Por essa razão mesma, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

"Ementa: CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. JULGAMENTO SIGILOSO DA CONDUTA DO CANDIDATO. INCONSTITUCIONALIDADE. CF/67, ART. 153, PAR 4.. CF/88, ART. 5. XXXV. I. Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito" (RE-125556 / PR, Pleno, Ministro CARLOS VELLOSO DJ 15-05-92 PP-06786).

Desta forma, iniludível se mostra a possibilidade de controle judiciário das chamadas "questões de concurso". A propósito, em outra oportunidade, a Corte Suprema já decidiu, *a contrario sensu*, que os critérios adotados pela banca examinadora de um concurso podem ser

revistos pelo Poder Judiciário se houver inconstitucionalidade ou ilegalidade" (MS 21.176 - Min. Aldir Passarinho), sob pena de que se fique na "inocuidade a regra alusiva à garantia do acesso ao Judiciário", nos termo do voto do Min. Marco Aurélio, no RE 140.242-3 - DF.

Nas palavras da prof. GERMANA DE OLIVEIRA MORAES:

"A insindicabilidade judicial da substância dos critérios, em si, de correção dos exames e da justeza das notas atribuídas, não exclui a verificação pelo Poder Judiciário da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além de vícios de ilegalidade, como, por exemplo, quando a questão formulada na prova se afasta do conteúdo das matérias relacionadas no Regulamento do Concurso, é possível a existência de vícios de inconstitucionalidades, questionáveis em juízo, v.g., a desatenção ao princípio da publicidade, a falta de fundamentos do ato de correção; o desacato ao princípio da igualdade, por causa da utilização, no caso concreto, de critérios diferenciados de correção para os candidatos; a preterição do princípio da razoabilidade, evidenciado pela desconsideração das respostas dos exames que deveriam ter sido levadas em conta; ou do princípio da proporcionalidade, em virtude de atribuição de nota zero, quando, à evidência, a resposta, de acordo com as normas pedagógicas, seria merecedora de maior pontuação" (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*. p. 176).

Em outro Julgado, o Pretório Excelso, em decisão unânime da Segunda Turma, foi mais incisivo:

"EMENTA: CONCURSO - CORREÇÃO DE PROVA - PRINCÍPIO POLÍTICO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES. Longe fica de contrariar o disposto no art. 2º da Carta Política da República provimento judicial que, a partir da premissa sobre a má vontade da banca examinadora na correção de prova manuscrita, considerada a caligrafia do candidato,

assenta a improcedência dos erros apontados" (AGRAG 171342 - RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.04.96, julgamento 12/03/96)

6.2.2. Os atos "*interna corporis*"

Os atos *interna corporis*, segundo a definição dada pelos administrativistas, são aquelas questões ou assuntos afetas às atribuições internas dos órgãos, normalmente consignadas no regimento ou instrumento que façam as suas vezes, e que, por isso mesmo, são da exclusiva apreciação e deliberação da entidade, sendo vedado ao Judiciário substituir ou mesmo invalidar essa escolha política. Seria, por exemplo, um típico ato *interna corporis* as disposições sobre o funcionamento de um determinado órgão, tais como a eleição de seus dirigentes, matérias adstritas à sua estrutura física *etc.* Aponta, ainda, a doutrina tradicional como atos *interna corporis* o processo legislativo dos entes legiferantes. Nestes casos, pois, haveria uma limitação ao princípio da inafastabilidade da proteção judicial.

Contudo, o controle jurisdicional dos atos ditos *interna corporis* vem sendo admitido em certos aspectos. Como explica DI PIETRO, atos desta natureza, em regra, não são apreciados pelo Poder Judiciário, porque se limitam a estabelecer normas sobre o funcionamento interno dos órgãos, "no entanto, se exorbitarem seu conteúdo, ferindo direitos individuais e coletivos, poderão também ser apreciados pelo Poder Judiciário" (*Direito Administrativo*. p. 504). Da mesma forma, HELY LOPES MEIRELLES explica que "é lícito ao Judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais nos seus alegados *interna corporis*, detendo-se, entretanto, no vestíbulo das formalidades, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é, ao mesmo tempo, destinatária e juiz de sua prática" (*Direito Administrativo Brasileiro*. p. 618).

A jurisprudência, por sua vez, em diversas oportunidades, já manifestou-se acerca da sindicabilidade ou não dos atos *interna corporis*. Em um caso bastante interessante, em que se discutia, via ação mandamental, impetrada por Deputado Estadual, a validade da retirada de crucifixo entronizado na sala da Presidência da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, determinada por seu Presidente, sem a prévia audiência do Plenário daquele órgão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu Pleno, decidiu pela carência da ação, uma vez que se tratava de "matéria de âmbito estritamente administrativo, constituindo, ademais, ato inócuo para violar o disposto no inciso VI do artigo 5º da Constituição da República" (Mandado de Segurança n. 13.405-0 - São Paulo - Sessão Plenária - TJSP - 1991).

No que se refere ao processo legislativo¹⁵, a posição tradicional é no sentido de que "as fases de tramitação dos projetos legislativos (...) são considerados como atos '*interna corporis*' praticados pelo Legislativo, pelo que insuscetíveis, em tese, de controle pelo Poder Judiciário", uma vez que, "em regra, tais atos não ferem direito líquido e certo de cidadãos, nem de órgãos de classe" (STJ, ROMS 7662/RS, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 01/09/1997). Em igual sentido, em mandado de segurança (MS 20247 - DF, rel. Min. Moreira Alves), onde se discutia ato do Presidente do Senado que, no exercício da presidência de reunião conjunta das Casas do Congresso Nacional, usando da competência de deferir, ou não, requerimento de parlamentar que alegava existir projeto com matéria análoga ou conexa à de outro, para efeito de anexação, indeferiu o requerimento do congressista, o Supremo Tribunal Federal decidiu que

"não pode o Poder Judiciário, evidentemente - por maior que seja a extensão que se lhe pretenda outorgar - examinar o mérito de ato dessa natureza, para aquilatar seu acerto ou desacerto, sua justiça ou injustiça. Trata-se de questão *interna corporis* que se

¹⁵ A propósito da problemática do controle jurisdicional do processo legislativo, ver a excelente monografia da prof. GERMANA DE OLIVEIRA MORAES *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*.

resolve, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo" (in RTJ 102/34, *apud* MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*. p. 47).

Mais recentemente, entretanto, vem-se admitindo o controle jurisdicional do processo legislativo, sob alguns aspectos, tendo em vista que "o princípio do '*due process of law*' estende-se a gênese da lei. Uma lei mal formada, vítima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar. Qualquer ato praticado à sombra dela, expor-se-á ao controle judicial" (STJ, ROMS 7313/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 05/05/1997). E mais: "A atuação do Judiciário, ao examinar o ato do Legislativo praticado no processo de elaboração das leis com base em norma regimental não ofende o Princípio da Independência dos Poderes, pois que é da essência do Estado Democrático de Direito a necessidade do controle jurisdicional da legalidade dos atos estatais quando invocada lesão a direito. A votação conduzida pelo Poder Legislativo Distrital (...) não constitui procedimento circunscrito ao âmbito dos assuntos internos da Corporação porquanto interessa aos cidadãos e aos demais Poderes, devendo submeter-se ao crivo do Judiciário" (TJDF, MS 6.291/95, Conselho Especial, rel. Des. Jeronymo de Souza).

Da mesma forma, no Supremo Tribunal Federal, apesar de ter prevalecido o entendimento de que as questões regimentais levantadas por Deputados impetrantes de mandado de segurança contra processo legislativo (ressalte-se que neste mesmo *mandamus* entendeu-se que os congressistas teriam legitimidade ativa para impugnar o referido processo de formação das leis) estariam imunes ao controle judicial, por estarem compreendidas, em princípio, no conceito de *interna corporis*, venceu a tese de que as questões constitucionais referentes ao processo legislativo, estas sim, podem perfeitamente ser objeto de fiscalização jurisdicional (MS-22503 / DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 06-06-97). Em resumo: o Pretório Excelso reconhece a possibilidade, ainda que apenas sob o ângulo constitucional, do controle pelo Poder Judiciário das questões

atinentes ao processo legislativo, uma vez que os parlamentares possuem - potencialmente, ou seja, em tese - *direito líquido e certo* a não participarem de processo legislativo contrário à Constituição Federal.

Toda esse problema referente - agora, unicamente - à possibilidade de controle judiciário do processo legislativo, *no que concerne às questões regimentais*, seria resolvida se o Supremo Tribunal Federal entendesse que a violação ao princípio da legalidade é questão de índole constitucional. A propósito, a Corte Constitucional alemã já asseverou que "a violação à lei constitui uma afronta aos próprios direitos fundamentais", e, portanto, à Constituição (*apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário. Aspectos inexplorados*. p. 285). Orientação semelhante, segundo informa MENDES, é enfatizada por Klaus Schlaich, ressaltando que também "a incompatibilidade entre as normas regulamentares e a lei formal enseja a interposição de recurso constitucional sob alegação de afronta a um direito fundamental, pelo menos ao direito geral de liberdade" (*Ob. Cit.* p. 285). Por fim, arremata MENDES: "Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a flexibilização do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei, quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal. Do contrário, restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo. De fato, a Corte Constitucional estaria impedida de conhecer eventual alegação de afronta, sob o argumento da falta uma ofensa direta à Constituição" (*Ob. Cit.*, p. 286). O nosso Pretório Excelso, porém, ainda não enfrentou diretamente a questão, apenas o fazendo para reconhecer que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em

relação às leis por eles regulamentadas, tendo em vista que as denominadas *crises de legalidade*, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação jurídica à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição (STF, Adin 264 (AgRg)/DF, rel. Min. Celso de Mello).

Outras três questões controvertidas acerca da fiscalização pelo Judiciário dos atos *interna corporis* valem ser analisadas. São elas: 1) o procedimento de cassação e eleição de agentes políticos; 2) a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito; e 3) o controle do atos *interna corporis* de entidades privadas e de movimentos sociais.

Quanto ao primeiro ponto, embora não havendo posicionamento pacífico na jurisprudência, a questão pode ser resolvida com o que já foi dito acima: existindo violação de lei ou da Constituição e, gerando essa violação, lesão a direito ou a interesse legítimo, a fiscalização jurisdicional do ato é possível. É vedado, contudo, ao Judiciário, entrar na "zona discricionária" própria do ato administrativo. Assim, se se discute apenas o desacerto ou não da cassação e eleição dos agentes políticos, sem que se questione violação à lei ou à constituição, não é legítimo o controle pelo órgão judicial.

No que se refere ao controle dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, o posicionamento hoje é pacífico: "o controle jurisdicional de abusos praticados por comissão parlamentar de inquérito não ofende o princípio da separação de poderes" (STF, MS-23452 / RJ, rel. Min. Celso de Mello). Da ementa deste acórdão pode-se ainda extrair o seguinte trecho:

"A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-

se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

- O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República.

O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.

OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes".

Com relação ao controle pelo Judiciário dos atos *interna corporis* das entidades privadas e dos movimentos sociais, que deixamos proposadamente para a última análise, a matéria se complica, pois envolve a delicada questão da legitimidade - no sentido de aceitação social - do Judiciário. Em outras palavras: até que ponto pode o juiz invadir a esfera privada dos chamados "entes intermediários" da sociedade para dirimir conflitos intersubjetivos no seu âmbito interno?

A resposta para essa difícil pergunta deve necessariamente ser aberta: não há como estabelecer, *a priori*, um limite ou um critério preestabelecido onde se possa seguramente dizer que o Judiciário pode ou não se imiscuir.

Num caso, por exemplo, em que se discutia o afastamento de diretor espiritual e administrador de sociedade religiosa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu ser possível a intervenção do Judiciário, porquanto, abstraindo-se o aspecto puramente religioso, havia discussão a respeito de aspectos administrativos - irregularidade

- da entidade civil e religiosa (AC 597115971/97 - 6ª Câmara Cível, rel. Osvaldo Stefanello).

Neste caso em comento, é interessante observar que um dos argumentos para o não conhecimento da ação foi o justamente o de que a autor da demanda foi a juízo "buscar aquilo que o 'cânon' societário expressamente veta: a discussão extramuros da entidade, de matéria relacionada com a própria essência ritual do culto afro-ubamdista - essência esta que é razão de ser da Fraternidade -, qual a da destituição do seu líder espiritual!" (extraído do corpo do acórdão). Entendeu-se, no caso, não acolhendo esse argumento, que o Judiciário não estaria interferindo nos aspectos referentes à fé religiosa, mas referente a questões administrativas que estariam lesionado direitos. Assim, embora "o conflito se limite a questões *interna corporis*, a partir do momento em que os disputantes não conseguiram superar suas divergências no âmbito interno da própria entidade à qual pertencem e da qual fazem parte, o caminho adequado para a solução é a sua busca junto ao Poder Judiciário" (excerto do voto vencedor no mesmo processo).

Ainda em matéria de ato *interna corporis* de entidade religiosa, o Supremo Tribunal Federal já julgou que "compete exclusivamente à autoridade eclesiástica decidir a questão sobre as normas da confissão religiosa, que devem ser respeitadas pela associação constituída para o culto" (RE 31179, 2ª Turma, rel. Min. Hahnemann Guimarães). Percebe-se, assim, que para ser possível o controle jurisdicional é preciso definir, no caso concreto, se a matéria diz respeito à religião (à fé) ou à questões normativas, passíveis de aferição racional pelo Judiciário. Seria até cômico, por exemplo, se o Judiciário fosse chamado a decidir sobre a constitucionalidade dos dez mandamentos da Igreja Católica!!!

Complicado também é saber o limite de atuação do Judiciário nas decisões das empresas privadas ou clubes recreativos. Em tais casos, já se decidiu que "é lícito ao Judiciário, quando menos, controlando a legitimidade do procedimento, enquanto adequação

deste às normas jurídicas e aos estatutos, apreciar a ilegalidade de atos de sociedade capazes de causar lesão material e moral aos associados, ou membros. E, dentro dessa competência, está a de declarar ilegal ato de expulsão do quadro social, sem garantia prévia de defesa, ainda quando a eliminação tenha relativo apoio nos estatutos" (TJSP, AC 82.976-1, rel. Cezar Peluso). Dessume-se, pois, que o controle judicial é permitido em todos os casos que causem lesão ou ameaça a direito ou interesse legítimo, como a exclusão dos quadros, a não aceitação como sócio em certos casos, a aplicação de multa ou outras penalidades do gênero *etc.*

Vale lembrar, ademais, que a observância dos preceitos constitucionais (inclusive, portanto, o devido processo e demais garantias fundamentais) se estende inclusive aos particulares e movimentos sociais, uma vez que nenhum comportamento estatal ou particular poderá refugir, de forma exceptiva, ao quanto foi constitucionalmente positivado nas normas principiais. Nem a produção normativa do Estado (leis, atos administrativos e sentenças) ou da sociedade (contratos, convenções, etc) poderá não aderir ao principiologicamente posto na Constituição. Ou seja, comportamentos ou normações que não acolham a idéia de Direito principiológica e constitucionalmente estabelecida, serão tidas como inválidas, por contrastantes à normas de cunho constitucional (*apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. p. 82).

Vê-se, ao cabo do que foi dito, que não há como negar que existe uma tendência no sentido da ampliação do controle de todos atos pelo Poder Judiciário, inclusive, portanto, os chamados *interna corporis*. Obviamente, ainda existe um campo doméstico no qual não seria legítimo, nem mesmo salutar, ao Judiciário se imiscuir. Tal fato ocorre não por medo de se estar adentrando em matéria política ou algo parecido, como se o Judiciário também não fosse um órgão político, mas sobretudo, e isso é importante ressaltar, por não ser das atribuições do Judiciário resolver questões de menor importância, restritas à organização interna das entidades e que poderiam, com vantagens, ser resolvidas por outras formas. Como explica AMILTON BUENO DE

CARVALHO, "urge, pois, excluir do Judiciário demandas absolutamente desnecessárias (na versão do interesse social)" (*O Papel dos Juizes na Democracia*. p. 366). De qualquer sorte, esgotadas outras alternativas de solução da controvérsia, havendo efetiva lesão a direito ou a interesse legítimo, não pode o Judiciário se furtar de apreciar e resolver em definitivo a matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. Em casos tais, em que o órgão jurisdicional houver que dirimir questões internas de organizações ou mesmo de movimentos sociais, deve ficar sempre na mente do magistrado a advertência do juiz gaúcho já citado, quando afirma que o juiz há de ser um *parceiro de caminhada das partes* na construção democrática dialogal. Ou seja, o juiz deve deixar de ser "a estrela do espetáculo forense, para ser companheiro das partes na busca da autonomia, no sentido de que elas mesmas construam sua história" (*Ob. Cit.* p. 370). Somente assim, a legitimidade (aceitação social) do órgão jurisdicional restará preservada.

6.2.2. A possibilidade de controle jurisdicional dos requisitos da medida provisória

O fenômeno do "deslocamento da atividade legislativa" (RAUL MACHADO HORTA), que torna o Poder Executivo, através da edição de Medidas Provisórias, o poder legiferante de fato, é, na atual fase de evolução de nosso constitucionalismo, um problema em busca de solução e o principal fator de crise da democracia constitucional que se pretende ver construída. Limites à sede legiferante do Poder Executivo, a Constituição impôs vários, porém, como veremos, o nosso Pretório Excelso não soube bem aproveitá-los, interpretando-os timidamente.

Realmente, nossa Carta Magna, visando manifestamente expungir do ordenamento jurídico os autoritários e, em conseqüência, ilegítimos Decretos-leis, criou o instituto da Medida Provisória, copiando, desastradamente, modelo semelhante do direito italiano.

Eis os contornos constitucionais das Medidas Provisórias:

"**Art. 62** - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".

De plano, é possível enumerar os seguintes limites formais e materiais impostos constitucionalmente:

1. a medida, como o próprio nome está a indicar, deve ser provisória, donde se conclui ser inadmissível a sua adoção de forma a torná-la irreversível. Analogamente, pode-se dizer que são vedadas medidas provisórias "satisfativas", ou seja, que causem prejuízos irreparáveis ou que concedam benefícios que não mais possam ser subtraídos. Em suma: é vedado criar situações, por meio de medidas provisórias, que não possam posteriormente retornar ao *status quo ante*;

2. a medida provisória somente pode ser adotada em caso de relevância e urgência (voltaremos a este ponto mais à frente, que é o ponto chave deste tópico);

3. a medida provisória terá força de "lei", o que nos leva a concluir que ela não pode ser utilizada para legislar sobre matéria reservada à "lei complementar", mas somente sobre aquelas reservadas à lei ordinária. Reforça esse argumento, o dispositivo previsto no §1º do art. 68, pelo qual não pode ser objeto de delegação legislativa matéria reservada à lei complementar. Porém, alguns autores, como HUGO DE BRITO MACHADO, defendem posicionamento contrário, no sentido de que o Presidente da República pode sim editar Medidas Provisórias mesmo que a matéria seja reservada à lei complementar, afinal "delegação legislativa e medidas provisórias são instrumentos inteiramente diversos, não se justificando a aplicação, ao primeiro, da

restrição constitucionalmente imposta ao segundo" (...). Assim, "se trata de matéria reservada à lei complementar, basta que o Congresso Nacional, ao apreciá-la, tenha em consideração esse aspecto, e delibere com observância do quorum exigido para aprovação das leis complementares" (*Curso de Direito Tributário*. p. 68). Apesar de não concordamos, por questões tópicas, com esses argumentos, deixa-se aqui o registro por representar o pensamento de notável jurista;

4. a medida deve ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Caso o Presidente da República não cumpra essa determinação de imediato, inválida será a medida por afronta à Constituição. O termo "de imediato" não traz maiores problemas de interpretação, pois é de uma objetividade inquestionável, sendo bastante fácil saber se, num caso ocorrente, o limite foi ou não obedecido;

5. não sendo convertida em lei, a medida perde sua eficácia, donde se infere que não seria possível a reedição (edição sucessiva) de medidas provisórias. Porém, lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, adotando uma postura pouco crítica, que possibilitou o surgimento de toda essa crise decorrente do "deslocamento da atividade legislativa", entendeu que a medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional pode ser reeditada dentro de seu prazo de validade de 30 dias, mantendo a eficácia de lei desde sua primeira edição (ADIn 1.614-MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, 18.12.98).

Outros limites podem ser enumerados:

1. o art. 246 da CF/88 prescreve que é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995;

2. o §1º, do art. 68, determina que não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado

Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: **I** - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; **II** - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; **III** - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. Neste caso, entendendo-se que o poder de editar medida provisória é uma espécie de delegação, não haveria espaço para o "deslocamento da atividade legislativa";

3. dispõe o §2º, do art. 25 que cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, *vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação*;

4. a doutrina defende o não cabimento da medida provisória em matéria penal e, em certos casos, em matéria tributária. Nesses dois casos, na realidade, a questão se resolve com o controle judicial da "relevância" e da "urgência" da medida provisória, que se verá a seguir.

No regime constitucional anterior a 1988, o Supremo Tribunal Federal recusava-se a apreciar os critérios de admissibilidade a que estavam sujeitos os Decretos-leis, por entender tratar-se de questão de natureza política. Assim, à época da Constituição de 67/69, o Colendo Tribunal entendeu "que a apreciação da 'urgência' ou 'interesse público relevante' assume caráter político: – é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso" (Aliomar Baleeiro. RE 62.731 e 62.739/67).

No entanto, mesmo sob a égide da autoritária Carta de 1967, na redação da Emenda n.º 1/69, o Pretório Excelso deu interpretação restritiva à atribuição normativa do Poder Executivo, para excluir de sua proteção, declarando inconstitucional, o Decreto-Lei n.º 322, de 1967, que tratava de purgação de mora nas locações comerciais, sob o

fundamento de que referido Decreto-Lei não tratava de assunto pertinente à segurança nacional. Assim, existia, de certa forma, o controle jurisdicional da atividade legiferante do Executivo, mesmo que em grau mínimo, pois a relevância e a urgência não podiam ser avaliadas.

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, foi-se evoluindo constantemente no sentido de se admitir o controle dos requisitos da medida provisória, e, hoje, está firmado o seguinte entendimento:

"1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa" (ADIMC-1753 / DF, rel. Ministro SEPULVEDA PERTENCE, 16/04/1998 - Tribunal Pleno, DJ DATA-12-06-98).

Mesmo antes desse *leading case* o Pretório Excelso já havia sinalizado no sentido da possibilidade do controle judicial dos requisitos da medida provisória, nunca indo, porém, além da mera previsão dessa possibilidade, reiterada nas ADIns n.º 1.130, 1.397 e 1.647, mas até então nunca concretizada.

Conclui-se, portanto, que até a mais alta corte do País já aceita que o Judiciário possa fazer, embora excepcionalmente, o controle dos pressupostos da relevância e urgência das medidas provisórias, pois, se assim não fosse, as palavras da norma constitucional seriam vazias, coagulando mortas no corpo da Constituição, como sangue de um cadáver.

Se agora se torna fácil afirmar que pode haver o referido controle, essa facilidade desaparece quando se pergunta *como* ele será

feito. Como extrair das expressões "relevância" e "urgência" uma conotação objetiva?

Esses conceitos, como se sabe, entra na categoria daqueles ditos "conceitos jurídicos indeterminados". Nessa espécie de conceitos há sempre um núcleo principal e um halo conceitual, onde as respectivas características ficariam menos identificáveis. No primeiro caso, o conceito utilizado, embora indeterminado, restaria claro e objetivo para o aplicador da norma; no segundo, sempre haveria uma zona de difícil identificação dos elementos de formação e validade do ato.

Em face disso, é possível encontrar na palavra "relevância" um ponto central, incontroverso, "acerca de cuja significação as divergências são impossíveis" (CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. p. 63). Assim, por exemplo, ninguém duvidaria de que certos atos de mera conveniência governamental, relativos, e.g., à padronização do fardamento dos servidores ou questões procedimentais de menor importância, seriam irrelevantes. Portanto, como explica CARRAZA, é sempre possível sabermos o que significaria a "relevância", ainda que, para tanto, devamos invocar o que ela não significa. Ou seja, "muitas vezes não se pode dizer o que uma coisa é, mas pode-se dizer o que não é" (Afonso Rodrigues Queiró). Em suma: mesmo percorrendo uma via negativa, "sempre conseguiremos, em face do caráter logicamente finito dos conceitos, reduzir uma palavra ou expressão a um significado mínimo" (*Curso de Direito Constitucional Tributário*. p. 64).

No tocante à urgência, a dificuldade é bem menor em comparação ao critério da relevância. Segundo ANDREA GORENSTEIN, "o critério da urgência não se pode levantar senão pela comparação entre a necessidade de ser suprida e a possibilidade de fazê-lo pela via ordinária" (*apud* QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro*. p. 73).

Dessa forma, vigoraria, quanto à urgência, o princípio da necessidade: a mesma finalidade não poderia ser atingida pela via

(ordinária) legitimamente constituída? Ou seja, se as medidas poderiam aguardar o processo legislativo ordinário, não estaria presente a urgência.

Em resumo: a Constituição adotou o *princípio da excepcionalidade da edição de medidas provisórias*, donde se concluir que, no caso concreto posto à apreciação do Judiciário, se o ato presidencial não preencher de forma clara e inquestionável os requisitos constitucionais da relevância e urgência, nula será a medida provisória, por violação à norma constitucional, cabendo à Justiça declarar a sua invalidade, mesmo de ofício.

6.3. Limitações decorrentes de normas infraconstitucionais analisadas à luz do princípio da proporcionalidade

Se é fácil concluir que as limitações constitucionais ao direito de ação (*i.e.* à proteção judicial) não são inconstitucionais, tendo em vista o princípio da unidade da constituição, o mesmo não ocorre quando se trata de aferir a constitucionalidade de limitação infraconstitucional a esse direito.

Pode o legislador limitar o acesso ao Poder Judiciário? A própria Constituição nos responderia taxativamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em face disso, sob uma ótica literal, qualquer tentativa legislativa de limitação ao acesso à Justiça seria maculado de inconstitucionalidade. Em outras palavras: não poderiam existir condições da ação, o mandado de segurança não estaria sujeito a prazo, não seria possível a cobrança de custas para a movimentação da máquina judiciária, a lei não poderia exigir o exaurimento da instância administrativa para a propositura da ação judicial, não se poderia exigir a garantia do juízo para propositura dos embargos e outras ações, enfim, qualquer limite seria intolerável.

Porém, todos esses exemplos que foram citados ocorrem com frequência na prática: ninguém questiona que a ação está sujeita a condições, se o mandado de segurança não for impetrado em 120 (cento e vinte) dias o direito para o fazer decairá (art. 18 da Lei 1.533/51), todos pagam custas judiciais (salvo os beneficiário da justiça gratuita e os isentos), a lei dispõe que não se dará mandado de segurança quando se tratar de recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução (art. 5º, I, da Lei 1.533/51), a garantia do juízo é indispensável à propositura dos embargos à execução *etc.*

A rigor, numa análise gramatical, todas essas limitações seriam, de plano, inconstitucionais, pois a Constituição é bastante categórica ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, nós vimos que os direitos fundamentais não são absolutos, pois, ao colidirem entre si, podem ser limitados com base no critério da proporcionalidade. O direito fundamental de ação, na realidade, configura uma norma constitucional de eficácia contida, embora sua aplicabilidade seja direta e imediata (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Vejamos, pois, algumas dessas limitações infraconstitucionais ao direito à ação, tentando descobrir se a limitação é, em face dos critérios de proporcionalidade, válida ou não.

6.3.1. As condições da ação como limites ao exercício do direito fundamental à ação

“Toda concretização constitucional é aperfeiçoada e criativa. Entender o contrário significa atar-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o Direito onde ele já não existe: a vontade subjetiva do legislador ou essa mesma vontade quando se objetiva na lei, tratando-se

ainda nesse caso, de uma vontade desatualizada e imobilizada pelo texto da norma” (BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, p. 461)

Considerando que a Constituição proíbe limitações desproporcionais ao direito de ação, seria possível o legislador infraconstitucional exigir que, para exercer esse direito, sejam preenchidas certas condições (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido)?

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, LIEBMAN, autor intelectual da doutrina das condições da ação adotadas pelo nosso Código de Processo Civil, modificou seu entendimento inicial para considerar que a possibilidade estava virtualmente incluído no conceito de interesse de agir. Isto porque, “em sendo solicitada uma providência que nem hipotética e abstratamente pode ser concedida, por ser vedada pelo ordenamento jurídico (v.g., cobrança de dívida de jogo), tal providência não é sequer hipoteticamente *útil*, carecendo o autor que a solicita, portanto, de *interesse processual*” (*apud* GUERRA, Marcelo Lima. *Estudo sobre o Processo Cautelar*. p. 70).

Nossa resposta a questão supra exposta será aberta: depende. Antes, porém, de justificarmos nossa posição urge fazer um esclarecimento.

Vimos que, para a teoria concreta da ação, exercitar o direito de ação significava reunir as condições que garantissem o acolhimento da pretensão, ou seja, somente quem tivesse sua pretensão acolhida em uma sentença de mérito *favorável* teria exercido o direito de ação. Já para os adeptos da teoria abstrata, exercer o direito de ação significava reunir as condições (condições da ação propriamente ditas) para uma decisão sobre a lide, ou seja, o direito de ação seria o direito a uma sentença de mérito, seja favorável seja contrária ao autor. COUTURE, por sua vez, tem um posicionamento diverso: para ele, qualquer pessoa

teria ação, relativamente a toda pretensão que pudesse excogitar, com ou sem interesse e legitimação. A ação era assim entendida como o direito a uma resposta qualquer (seja de sentença de mérito, seja sentença meramente terminativa); dessa forma, mesmo que a resposta jurisdicional tenha servido apenas para obter um provimento negativo sobre o interesse ou a legitimação, o direito de ação teria sido exercido. Ou seja, para o processualista uruguaio, o direito de ação confundia-se com o direito constitucional de petição, sendo uma espécie deste.

Se acolhêssemos a tese de COUTURE, não haveria o menor sentido em considerar as condições da ação como limitações ao direito de ação, já que, mesmo que o juiz extinguisse o processo sem julgamento do mérito, reconhecendo a ausência do interesse de agir ou da legitimidade, o direito do autor estaria exercitado: ele teve o direito de propor a ação, apesar de não haver recebido uma prestação jurisdicional decidindo a lide.

Não nos parece, porém, que o nosso sistema processual vigente, mesmo em face da constitucionalização do direito de ação, tenha seguido a orientação do jurista uruguaio. Na verdade, essa concepção provoca é o esvaziamento de quase todo o conteúdo material do direito fundamental de ação, alcançado em decorrência mesma de sua constitucionalização.

Ora, o direito de ação, dada a sua fundamentabilidade, galgou uma concepção bastante ampla e material, que abrange a faculdade (direito subjetivo) não só de propor formalmente a ação, mas também de participar do *iter processual*, objetivando obter do órgão jurisdicional uma resposta satisfatória acerca do conflito de interesses em que está envolvido. Dessa forma, para que o órgão jurisdicional possa dar a tal "resposta satisfatória", afigura-se-nos essencial que o autor, ao formular o seu pedido, afirmando o direito que eventualmente lhe pertence, deve possuir legitimidade e interesse. Assim, a princípio, o preenchimento das condições da ação parece mesmo essencial ao próprio exercício do direito de ação, a fim de que seja possível ao órgão jurisdicional prestar a tutela de forma satisfatória, ou seja, possa

proferir uma sentença de mérito. Nesse ponto, as condições da ação exercem uma função ainda mais importante, qual seja, servir de elo para unir, numa relação instrumental, o processo ao direito material em litígio.

Dessa forma, parece certo que possuir legitimidade e interesse ainda é condição para o exercício do direito de ação, entendida esta como o direito fundamental a uma resposta jurisdicional satisfatória (sentença de mérito).

Feitas essas considerações, vejamos agora qual a razão de não ser desproporcional, *a priori*, a exigência de presença das condições da ação como limite ao exercício deste direito fundamental.

Todos têm o direito de movimentar o Poder Judiciário, não há como negar esse fato. Porém, de outra parte, se todos são titulares do direito fundamental à ação, há, igualmente o direito de toda pessoa de não ser molestada (processada) impertinentemente.

Mais uma vez se está diante de dois direitos fundamentais em colisão: o direito fundamental à ação e o direito fundamental à paz, isto é, de não ser processado indevidamente.

Daí, numa concordância prática, é pertinente (adequado) exigir que, para o exercício do direito de ação, sejam observados certos requisitos mínimos, que, de plano, indicarão se o autor, caso suas afirmações sejam verdadeiras, possa lograr êxito com a demanda. Concilia-se, com isso, os dois direitos fundamentais em colisão.

O princípio da concordância prática ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional, é comumente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos (FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão...* p. 98).

Por outro lado, não se pode olvidar que as condições da ação possuem uma alta carga ideológica.

As *condições da ação* - explica JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA - "não são conceitos universais e necessários, como faz crer a doutrina. Em outros termos, essas condições da ação não têm uma existência eterna e imutável, ou seja, elas dependem de cada ordenamento jurídico e são condicionadas pelas realidades sociais. Portanto, são conceitos históricos, isto é, mutáveis no tempo e no espaço, e dotados de uma clara função político-ideológica na sociedade. Assim, é que a possibilidade jurídica do pedido é um reforço ao dogma da completude do ordenamento jurídico estatal e visa a vincular o juiz a este ordenamento, impedindo-o de dispensar a proteção jurisdicional do Estado a interesses não sacramentados por este ordenamento".

Por sua vez - prossegue o autor - "a legitimidade tradicional tem o claro objetivo de fechar as portas do Judiciário aos interesses sociais de grupos, de coletividades, sobretudo no processo civil, onde é maior sua relevância. De fato, se só o titular da situação jurídica pode defendê-la em juízo, quando houver interesse de fazê-lo, a conseqüência é que os chamados interesses coletivos e difusos ficam, em princípio, excluídos da proteção jurisdicional do Estado, evitando-se, assim, que o Judiciário se transforme em instância de decisão dos problemas sociais, o que não interessa ao sistema, justamente porque são os problemas mais importantes da sociedade contemporânea" (*Teoria Geral do Processo*, p. 207/208.).

Dessa forma, ao analisar as condições da ação, o juiz não pode se apegar a formalidades excessivas e descabidas (vedação de excesso). Deve, isto sim, avaliar, no caso concreto, até que ponto será útil e adequado sacrificar o direito fundamental à ação em nome das condições da ação, devendo, sempre que possível, utilizar a disposição do art. 284, *caput*, que lhe ordena abrir ao autor a oportunidade de

emendar ou completar a inicial, sempre que ela apresente 'defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito'.

Também ao magistrado é sempre oportuno utilizar o permissivo do art. 295, inc. V, do CPC, que determina que "a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; **caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal**" - grifou-se.

Nesse sentido, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes nº 196094452 - 3/1997, São Gabriel, tomando uma postura bastante avançada, tecnicamente criticável, mas teleologicamente justa, assim decidiu:

"EMENTA: PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. PRETENSÃO QUE HÁ DE SER TOMADA SEGUNDO SUA ESSÊNCIA, DESPREZADA A DENOMINAÇÃO QUE A PARTE ATRIBUI À DEMANDA. BANCO QUE TRANSFERE DEPÓSITO REALIZADO EM FAVOR DO CORRENTISTA EM CONTA ESPECIAL PARA A CONTA-CORRENTE, DELE SE VALENDO, ATO CONTÍNUO, PARA AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. ATO QUE EXIGIA AUTORIZAÇÃO DO CORENTISTA. A pretensão posta em juízo há de ser interpretada em face de sua essência. Desta forma, a menção a pedido satisfativo, em demanda denominada cautelar, indica que, em realidade, se está frente a processo de conhecimento, que assim deve ser tido. Solução que mais se impõe quando já há muito tramita o feito em juízo e quando a parte ré, sem nada objetar, simplesmente, desde o raiar da ação, se ocupou em contestar a própria relação jurídica de direito material, exatamente como se frente a processo de conhecimento estivesse. Parte ré, outrossim, que não alegou prejuízo algum em face da observância de rito outro que não o adequado. (...). Embargos infringentes não-acolhidos por maioria".

Trata-se aqui de uma típica manifestação do princípio da instrumentalidade do processo - corolário do princípio da efetividade - que é "o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 23).

Assim, numa direta aplicação do princípio da proporcionalidade, o magistrado deverá ponderar se aquela ação, que, a rigor, seria "inepta", é capaz de fornecer, mesmo com dificuldades, os elementos mínimos necessários a instrumentalizar o direito de ação. Se a resposta mental for positiva, isto é, se for possível "compreender" de qualquer forma o que se deduz, o magistrado é obrigado a dar máxima efetividade ao princípio da ação, sanando, sempre que possível, as atecnias cometidas pelas partes. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, pois "os requisitos processuais devem ser interpretados no sentido mais favorável ao direito de ação, sob pena de inconstitucionalidade". Em outras palavras: "a forma somente deve prevalecer, em face de um determinado ato processual, quando absolutamente necessária para a consecução dos fins colimados pelo próprio ato. Quando o ato processual atinge os fins objetivados, embora sem a observação da forma, não há motivo para nulidade. Mesmo a nulidade absoluta não deve ser declarada quando o resultado perseguido foi alcançado" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*p. 100.). Assim, a atenção à forma que não atenda ao ideal da instrumentalidade, na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação.

Também é o ensinamento de PORTANOVA quando afirma que,

“nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação estar a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido” (*Princípios do Processo Civil*, p. 118.).

Portanto, o que se pode concluir é que o simples fato de se condicionar a ação aos requisitos de interesse de agir e legitimidade *ad causam* (e possibilidade jurídica do pedido, para os que não a consideram inerente ao interesse de agir) não é, em si, inconstitucional. A inconstitucionalidade reside numa interpretação fechada desses conceitos, apegada a formalidades individualistas, não condizentes com o cenário social em que está inserido o processo moderno.

Em outras palavras: as condições da ação só serão constitucionais se, em cada caso concreto, numa análise tópica e empírica-dialética, forem aplicadas pelo juiz com proporcionalidade, sempre com vistas à otimização máxima (efetividade) do preceito constitucional que garante o direito à ação.

6.3.2. A problemática do depósito prévio nos embargos e em outras ações (anulatória de débito fiscal, ação rescisória etc)

Situação que ocorre com certa frequência é a legislação exigir a “segurança do juízo” para que seja exercido o direito de ação.

Exemplo típico é a exigência da garantia da instância para apresentar embargos à execução (que tem natureza de ação).

O prof. MARCELO LIMA GUERRA, aferindo a constitucionalidade de tal exigência, com base nos escritos de ANDOLINA e VIGNERA, diz que qualquer questão que diga respeito à constitucionalidade da subordinação legal do exercício do direito de ação ao atendimento de ônus patrimoniais é de ser solucionada à luz dos seguintes critérios:

a) quando de fácil cumprimento e de pequena importância, o ônus deve ser considerado *inconstitucional*, na medida em que criar *injustificáveis* obstáculos formais ao exercício do direito de ação;

b) quando o ônus é, pelo contrário, de difícil cumprimento, pode ser considerado admissível (*i.e.* constitucional) somente se se apresenta como condição absolutamente *necessária* para assegurar a realização de outros valores constitucionais considerados *prevalentes ou equivalentes* ao direito de ação (*Execução forçada*. p. 67).

Portanto, somente na análise de casos concretos é que será possível dizer se a garantia do juízo na execução é ou não constitucional.

A razão de não se mostrar, *a priori*, inconstitucional essa limitação ao direito de ação está no fato de que o processo de execução é a ambiência natural de concreção da efetividade da tutela jurisdicional. Logo, dois direitos fundamentais estariam em colisão: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional do possuidor do título (exequente) e o direito fundamental à ação do executado.

Por essa razão, a limitação ao direito de ação do executado mostrar-se-ia constitucional justamente por garantir a concreção do outro direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional executiva, que, conforme assevera BARBOSA MOREIRA, “sempre foi - e continua a ser - uma das pedras onde tropeçam os melhores

propósitos de agilização”. Isto porque, “estaria de alguma forma comprometida, quanto ao credor, a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, se fosse permitido ao devedor opor, livre de qualquer exigência, embargos à execução. Recorde-se que, na sistemática do CPC, a admissão dos embargos do devedor tem o efeito de paralisar a execução” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. p. 69).

Assim, a garantia do juízo representa mesmo uma exigência inerente ao próprio direito fundamental à ação, com base na qual “se pretende pôr em xeque a constitucionalidade da garantia do juízo”.

Por outro lado, há situações peculiares em que não se mostraria razoável a exigência da garantia do juízo.

Exemplo disso ocorre quando o executado não tem patrimônio disponível para “segurar o juízo”, ou seja, para ser penhorado. De que adiantaria exigir que esse devedor garanta o juízo? Haveria, portanto, nessa situação, uma limitação injustificável ao direito de ação.

De fato, explica MARCELO GUERRA:

“inexistindo bens penhoráveis, a segurança do juízo não representa uma garantia da ação do credor contra ‘abusos’ no exercício do direito de ação do devedor, pois o processo de execução, por razões práticas e não jurídicas, já está e deve ficar suspenso (CPC, art. 791, inc. III). Ora, se não há como, praticamente, atender ao requisito da segurança do juízo, impedir por tempo indeterminado a proposição dos embargos constitui grave e desnecessária limitação ao direito de ação do devedor” (*Execução Forçada*. p. 70).

Em seguida, arremata o professor cearense:

“Assim, tendo em vista hipóteses dessa natureza, compreende-se que a segurança do juízo não apenas é totalmente inútil, na perspectiva (da efetividade) do direito de ação do credor, como também é gravemente prejudicial, na perspectiva (da efetividade) do direito de ação do devedor, por impossibilitar completamente ao executado o exercício desse direito de índole constitucional.

Segue-se daí que não seria desarrazoado considerar tal exigência inconstitucional quando, na prática, se verificasse a inexistência de bens do devedor suscetíveis de penhora” (*Execução Forçada*. p. 71).

Nesse sentido, assim decidiu o STJ: “I - O sistema processual que rege a execução por quantia certa, salvo exceções, exige a segurança do juízo como pressuposto para o oferecimento dos embargos do devedor. II - Somente em casos excepcionais, sobre os quais a doutrina e a jurisprudência vem se debruçando, se admite a dispensa desse pressuposto, pena de subversão do sistema que disciplina os embargos do devedor e a própria execução”. (RESP 40078/RS, Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Data da Decisão 10/12/1997)

Como conclusão: a garantia do juízo para a propositura dos embargos à execução somente será constitucional se na situação concreta em que for exigida mostrar-se adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) à própria efetividade da execução.

E naqueles outros casos em que há “ônus patrimoniais” condicionando o exercício do direito de ação, há violação ao princípio constitucional?

Vejamos duas hipóteses em que esses ônus são exigidos:

1. exigência de depósito prévio para a propositura da ação declaratória de inexistência ou anulatória de débito fiscal (art. 38 da Lei de Execuções Fiscais) e;

2. depósito de 5% sobre o valor da causa, exigido como condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação rescisória (art. 488, II, do CPC).

No primeiro caso, a previsão encontra-se no art. 38 da Lei de Execuções Fiscais:

“art. 38. A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, **esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.**” - grifou-se

É a conhecida cláusula *solve et repete* (paga e depois discute). A medida, sem receio de equívoco, não passa pelo “teste” da proporcionalidade. Vejamos.

Primeiramente, com vistas a aquilatar a adequação da medida, devemos saber qual o seu objetivo.

Certamente, a finalidade da exigência do depósito prévio é facilitar a cobrança posterior do crédito na hipótese de improcedência do pedido.

Vê-se, dessa forma, que é adequada a medida. Afinal, ninguém discute que ficaria bem mais cômodo para a Fazenda Pública a simples conversão em renda do depósito do que iniciar uma nova demanda executiva, que nem sempre consegue a almejada efetividade.

Passa, portanto, essa exigência do depósito prévio prevista na LEF pelo primeiro critério da proporcionalidade em sentido lato.

Por outro lado, afigura-se-nos iniludível que a medida não é a “mais suave”, ou seja, não é estritamente necessária para atingir os fins almejados. Expliquemos: a Fazenda Pública dispõe de um arsenal de meios (prerrogativas processuais e materiais) para fazer com que o contribuinte pague o montante do tributo, entre os quais podem ser citados a própria execução fiscal, a inclusão do nome do devedor na “dívida ativa” (embora, em alguns casos, essa medida se mostre inconstitucional), a proibição de, em algumas hipóteses, o devedor contratar com o poder público, entre inúmeras outras.

Logo, ao exigir o depósito prévio para a propositura da ação declaratória de inexistência ou anulatória de débito fiscal, inibindo,

com isso, a propositura da ação, está-se criando um meio excessivamente penoso para que se leve a cabo a cobrança do débito fiscal. O meio é adequado, mas não necessário.

Ademais, há de se anotar que o *solve et repete* também fere a proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque não há direito fundamental a se proteger ao se fazer tal exigência. Em outras palavras, limita-se o direito fundamental à ação em nome de um mero interesse (secundário) da Fazenda Pública.

Dessume-se, pois, que o art. 38 da Lei de Execução Fiscal é inconstitucional por limitar, de forma desproporcional, o direito fundamental à ação. Assim, o depósito previsto no malsinado art. 38 deve ser compreendido como uma faculdade do contribuinte: depositando o montante devido, fica obstada a execução fiscal.

Nesse sentido, NELSON NÉRY JR., citando vasta jurisprudência decidindo pela inconstitucionalidade do preceito, afirmou que

“constitui negativa de acesso à Justiça, com ofensa ao princípio constitucional do direito de ação, condicionar o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ao prévio depósito do valor do débito, monetariamente corrigido, acrescido dos juros e multa de mora, como dispõe a LEF 38 numa espécie de cláusula *solve et repete*. O depósito não é, portanto, condição para o exercício do direito de ação declaratória ou de anulação de débito fiscal” (*CPC Comentado*. p. 71).

Nesse mesmo sentido:

“o depósito previsto no artigo 38 da Lei nº 6.830/80 não é pressuposto à propositura da ação anulatória do débito fiscal. Inibe apenas a cobrança do crédito” (STJ, RESP 176642/1999 - DF, TURMA:2, Relator: HELIO MOSIMANN, Data da Publicação: 03-29-1999 - DJ 03-29-1999 PG: 00154).

A outra situação (**exigência do depósito para a propositura da ação rescisória**) tem supedâneo legal no art. 488, II, do CPC:

“art. 488. A petição inicial [da ação rescisória] será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Parágrafo único - Não se aplica o disposto no nº II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público” - os colchetes são nossos.

Ressalte-se que, por força da súmula 175 do STJ, “descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS”.

Para aquilatar a proporcionalidade do dispositivo, é fundamental descobrir qual a sua razão de ser.

A finalidade desse depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, obviamente, não é garantir a efetividade da ação, tal qual ocorre na segurança do juízo para a propositura dos embargos. De fato, aqui a medida tem um caráter eminentemente sancionatório, diria mesmo inibitório ao direito à ação, pois o seu montante, caso a ação rescisória tenha seu pedido julgado improcedente por unanimidade de votos, terá o efeito de multa.

Então, pode-se dizer que o objetivo principal da exigência do depósito é mesmo inibir (limitar) o exercício do direito à ação rescisória nos casos em que esta se mostre impertinente a ponto de ser, por decisão unânime, declarada improcedente ou inadmissível.

Sendo este o objetivo, como de fato o é, percebe-se facilmente que a medida é adequada, isto é, realmente torna “menos sedutora” a propositura da ação rescisória. Afinal, aquele que pretende propor uma ação rescisória certamente pensará duas vezes antes de o fazer se considerar que o pedido será julgado improcedente por unanimidade de votos. O primeiro item da proporcionalidade, dessa forma, resta obedecido.

E é necessária a medida? Em outras palavras: é o meio mais suave de inibir a propositura da ação rescisória? Afigura-se-nos que sim.

Realmente, uma das soluções para inibir completamente a propositura da ação rescisória seria simplesmente proibi-la. Nesse caso, certamente teríamos um excesso. Porém, ao se estipular uma multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, consegue-se desestimular o exercício do direito de propor a ação rescisória, sem, contudo, inibi-lo completamente, ou seja, sem atingir seu núcleo substancial. Caso a multa fosse, por exemplo, de 1% (um por cento), o meio seria, sem dúvida, mais suave, no entanto, não seria adequado, vez que não teria o condão de desestimular a propositura da ação.

Por outro lado, entendemos que, em alguns casos, em que, por exemplo, o valor da causa seja muito elevado, ou então na hipótese de o autor da ação rescisória não ter condições financeiras para pagar a multa, esse percentual pode e deve ser diminuído, pois, do contrário, não se estaria sendo proporcional, vez que se estaria inibindo completamente o exercício do direito fundamental à ação.

Nesse sentido: "é dispensável o depósito para o beneficiário de justiça gratuita (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Ação Rescisória n. 43-SP, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, julgado em 10.4.90, julgaram procedente a rescisória, votação unânime, "DJU" de 30.4.90, pág. 3.518, 2ª col., em.; Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial n. 4.001-SP, Relator Ministro Athos Carneiro, julgado em 12.8.91, deram provimento, votação unânime, "DJU" de 9.9.91, pág. 12.204, 2ª col., em.; "RJTJESP", ed. LEX, vol. 98/394, com citação de doutrina a propósito; neste sentido: "RJTJESP", ed. LEX, vol. 98/404, treze votos a um, "JTA", vol. 98/201), embora, se vencido, esteja obrigado a efetuar o pagamento da quantia correspondente a ele ("RJTJESP", ed. LEX, vol. 102/375) (in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", de THEOTONIO NEGRÃO, nota 5 ao artigo 488).

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso analisar se há algum outro direito fundamental em jogo capaz de justificar a medida.

A ação rescisória, como é cediço, tem por finalidade desconstituir uma sentença (ou acórdão) de mérito da qual não se caibam mais recursos, ou seja, visa justamente atacar a coisa julgada material.

Ora, uma das principais metas da Jurisdição é exatamente dirimir conflitos em definitivo, afinal “a imutabilidade das decisões judiciais surgiu no mundo jurídico como um imperativo da própria sociedade, para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranqüilidade social, que afastaria o fim primário do direito, que é a paz social” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Ação Rescisória: Apontamentos*. p. 213).

Não seria, portanto, muito lógico permitir-se que a coisa julgada material fosse, a qualquer tempo, questionada. Daí ser perfeitamente justificável a proibição de formação de um novo processo com os mesmos elementos (parte, pedido e causa de pedir) daqueloutro já atingido pela coisa julgada material, salvo nas excepcionais hipóteses taxativamente elencadas no Código de Processo Civil (art. 485).

Dessa forma, há um motivo proporcional em sentido estrito para não se estimular a propositura da ação rescisória. Isto é, há um direito fundamental (à segurança jurídica proveniente da coisa julgada material) hábil a justificar a limitação ao direito fundamental à ação. Em virtude dessa constatação, inegável é que há uma proporcionalidade em sentido estrito na criação de mecanismos capazes de inibir a propositura da ação rescisória.

Observa-se, com isso, que as limitações ao direito de ação provenientes de ônus patrimoniais são possíveis, desde que sejam

proporcionais (adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito).

6.3.3. O prazo decadencial de 120 para a propositura do mandado de segurança

Questão que atormentou - e ainda atormenta - os juristas é a problemática do prazo de 120 para a propositura do mandado de segurança, sob pena de decadência do direito de impetrar o remédio constitucional.

Tal limitação à propositura do mandado de segurança é prevista no art. 18 da Lei 1.533/51:

“art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Muitos juristas defendem a inconstitucionalidade do preceito, pois “os requisitos para o exercício da garantia fundamental do MS estão enumeradas na CF 5º, LXIX. Não pode a lei ordinária criar outros requisitos que limitem o exercício desse direito. A norma da LMS 18, que estipula o prazo de 120 dias para a impetração do MS, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, sendo ineficaz e inaplicável” (NÉRY JR., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 71).

No mesmo sentido, entendendo ser inconstitucional a exigência do art. 18 da Lei 1.533/51 de que a impetração se dê dentro de cento e vinte dias contados da ciência do ato impugnado, VELLOSO, Carlos Mário. *Direito Líquido e certo: decadência*, in "Cinqüenta anos de mandado de segurança", organizado por Sérgio Ferraz, Porto Alegre, 1986, p. 63/64; Miguel Seabra Facundes, *idem, ibidem*, p. 65/66, fazendo paralelo com o exercício do *habeas corpus*, insusceptível de prescrição ou decadência; ATALIBA, Geraldo. *Ato Coator*, in "Cinqüenta

anos de mandado de segurança", cit. p. 48/49 (*apud* NÉRY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil...*p. 102.

Observa-se que a grande maioria dos autores que entendem ser o prazo do art. 18 inconstitucional baseia-se no fato de que o exercício do mandado de segurança é um direito fundamental absoluto e, portanto, a lei ordinária não poderia limitá-lo.

De nossa parte, entendemos que o preceito insculpido no art. 18 da Lei do Mandado de Segurança, justamente por se tratar de uma limitação a um direito fundamental, deve ser analisado à luz dos critérios fornecidos pelo princípio da proporcionalidade, pois sabemos que não existem direitos fundamentais absolutos. Vejamos, pois, se o preceito passa pelo “teste” da proporcionalidade.

Primeiramente, há de se perquirir a finalidade do dispositivo para que seja aferida a adequação entre meio e fim, o primeiro subprincípio da proporcionalidade.

A instituição de um prazo para a impetração do mandado de segurança tem por função precípua dar uma maior segurança ao próprio exercício do *writ*, pois, como explica FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS,

“decorre mesmo da própria natureza do direito cujo exercício se impede ou se ameaça, descabendo à Constituição disciplinar exercícios de direitos ou vedar que se estabeleçam prazos para eles, sob pena de, ao admitir-se que se possa impetrar o mandado de segurança, indefinidamente, se crie uma situação de insegurança, com o que não se compadece o direito” (*apud* BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*).

Assim, considerando as peculiaridades inerentes à própria natureza da ação mandamental, como, por exemplo, a necessidade de se fazer prova pré-constituída, a existência de um direito líquido e certo *etc.*, o estabelecimento de um prazo de 120 dias para a impetração do *writ of mandamus* seria pertinente. Com isso, se não houvesse a

limitação ao uso do mandado de segurança, a Administração permaneceria eternamente sujeita ao controle do Poder Judiciário, uma vez que a qualquer momento poder-se-ia impetrar o *writ*, o que geraria uma situação de insegurança jurídica. Este é o argumento de quem entende ser constitucional o referido prazo.

No nosso entender, porém, não há adequação no preceito ora vergastado. É que, se por um lado, a impetração do mandado de segurança estaria impedida após a decorrência dos cento e vinte dias previstos na lei, por outro lado, é igualmente certo que o titular do direito líquido e certo poderia, da mesma forma, socorrer-se às vias ordinárias para conseguir exatamente o mesmo direito. Ou seja, o direito assegurado pela Constituição à impetração do mandado de segurança só se extinguiria com o perecimento do próprio direito material invocado, pela decadência ou prescrição, e não pelo decurso de um prazo criado pela lei. Que segurança traria, então, esta limitação temporal? Absolutamente nenhuma. Como assevera o Min. CARLOS VELLOSO,

“(…) ajuíza-se uma ação de segurança, comprovando-se, documentalmente, os fatos. Poderá o juiz, então, fazer incidir sobre os fatos a norma de direito positivo e verificar se, de tal incidência, nasce o direito. No momento de fazer isto, entretanto, verifica o juiz que o *writ* foi requerido no 121º dia. Decidirá, então, pela decadência do direito à impetração, mandando o impetrante para as vias ordinárias. O que vai acontecer: na via ordinária, repetir-se-á a mesma petição, serão juntados os mesmos documentos, não será marcada audiência, porque não haveria necessidade de se fazerem novas provas. Ora, isto é científico? É claro que não. Isto não presta obséquio ao princípio da economia processual que comanda todo o processo” (*Apud* BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*).

Assim, sob o aspecto da adequação entre meio e fim, o preceito do art. 18 da Lei 1.533/51 malferiria o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, caso se considere que há relação de pertinência na adoção da medida, o que se diz apenas para concluir o raciocínio, parece inarredável que o prazo de 120 dias conseguiria passar pelo segundo aspecto da proporcionalidade lato sensu, qual seja, a vedação do excesso.

No caso em questão, o excesso deve ser analisado negativamente, isto é, quanto menor o prazo para a propositura do mandado de segurança maior seria o excesso, o abuso. Assim, se o prazo fosse de 10, 15 ou 20 dias aí sim haveria malferimento à proporcionalidade (vedação ao excesso), pois seria praticamente impossível impetrar a segurança em um período de tempo tão exíguo. Em outras palavras: o estabelecimento de um prazo não poderia tornar impossível, ou melhor, não poderia atingir o núcleo essencial do direito à impetração.

Na hipótese, o prazo de 120 dias não é excessivamente curto, pois permite perfeitamente a propositura do remédio heróico.

Já quanto ao último aspecto da razoabilidade, não há a menor dúvida: o art. 18 da Lei do Mandado de Segurança não é proporcional em sentido estrito. Em outras palavras: os benefícios obtidos com a adoção do prazo de 120 para a propositura do *writ* são infinitamente menores do que os prejuízos dele advindos.

Realmente, ao se limitar o direito fundamental à impetração do mandado de segurança de forma diferenciada, não se tem em mira proteger um outro direito fundamental, mas tão-somente facilitar a defesa da autoridade tida como coatora, donde se conclui que não é razoável a medida, pois os danos causados (limitação ao direito fundamental do impetrante) não são compatíveis com os resultados obtidos.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, já se manifestou em sentido contrário, ou seja, já decidiu que o prazo de 120 para a propositura do mandado de segurança é constitucional (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21362-DF. Primeira Turma. Relator Senhor Ministro CELSO DE MELLO. Acórdão de 14 de abril

de 1992; Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança nº 21.364-RJ. 2ª Turma. Relator Senhor Ministro CARLOS VELLOSO. Acórdão de 23/06/92).

Em conclusão: a despeito do posicionamento do Pretório Excelso, tem-se que o art. 18 da Lei do Mandado de Segurança é inconstitucional, pois não é adequado, muito menos proporcional em sentido estrito, embora não seja “excessivo” (excessivamente exíguo, entenda-se).

6.3.4. O prévio exaurimento da instância administrativa para a propositura do mandado de segurança e outras ações

Outra questão problemática no que se refere à limitação ao direito de ação é a necessidade do prévio exaurimento da instância administrativa para a impetração do mandado de segurança e outras ações.

Segundo NELSON NÉRY JR., “não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/67, 153, §4º). Não é de acolher-se alegação da fazenda pública, em ação judicial, de que não foram esgotadas as vias administrativas para obter-se o provimento que se deseja em juízo (RP 60/224)”.

De fato, à primeira vista, mostra-se irrazoável, ou melhor, desproporcional exigir-se o esgotamento prévio da instância administrativa para, somente após, socorrer-se ao Judiciário. No instante em que o direito é violado, as portas da Justiça devem estar prontamente abertas para prestar a tutela jurisdicional.

Por outro lado, há situações em que o não esgotamento das vias administrativas realmente tem o condão de impedir a propositura da ação, sem que, com isso, esteja-se limitando o acesso à Justiça.

É, por exemplo, o caso do art. 5º, inc. I, da Lei do Mandado de Segurança, que estipula: “não se dará mandado de segurança quando se

tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução”.

Nesse caso, na hipótese de o ato impugnado ser comissivo e o impetrante tenha preferido esgotar as vias administrativas, parece incabível o mandado de segurança para atacar o mesmo ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. É que não há o interesse de agir.

Como anota THEOTONIO NEGRÃO, no seu *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor* (pág. 1.056), o mandado de segurança não seria cabível, porque há necessidade de que

“o ato impugnado seja operante e exequível. O que não pode ocorrer é a utilização, ao mesmo tempo, do recurso administrativo com efeito suspensivo e do mandado de segurança, por isso que, interposto o recurso administrativo com efeito suspensivo, o ato deixa de ser operante e exequível” (Tribunal Federal de Recursos, Quarta Turma, Apelação em Mandado de Segurança n. 89.104-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso).

Porém, no caso de o ato impugnado ser omissivo, aplica-se a Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal: “a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade”.

No que se refere à interpretação desta súmula, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que ela incide "apenas nas hipóteses de procedimento omissivo da autoridade pública. Não nas de procedimento comissivo (RTJ 113/828)"

No mais, a Jurisprudência é pacífica quanto à desnecessidade do exaurimento da instância administrativa como condição para o

exercício do direito de ação, conforme se pode observar nestas súmulas por nós coletadas:

Súmula 89 do Superior Tribunal de Justiça - “a ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”. Aliás, O STJ já decidiu que “a Lei n. 6.376/76 aboliu, expressamente, a exigência de que o acidentado, antes de ingressar em juízo, formule requerimento a administração” (RE n. 22.965-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 19.10.92, pág. 18.222). Isto porque, “a obrigação de comunicar o infortúnio é do empregador e não do empregado. A Lei n. 6.367/76 (arts. 14 e 19, II) não exige prévio exaurimento da via administrativa como condição de procedibilidade da ação judicial. Iterativos precedentes da jurisprudência. Recurso provido” (STJ — RE n. 23.651-8, RJ, ac. unân. da 1ª Turma, rel. Min. Milton Pereira, j. em 14.4.93, DJU de 17.5.93, pág. 9.301).

Em voto acerca da matéria assim resumiu o Min. Vicente Cernicchiaro: "A lei (consequentemente, a interpretação) deve dirigir-se para facilitar o acesso ao Judiciário, eliminando obstáculos, ainda que justificados doutrinariamente e pela lógica formal. Cumpre raciocinar com os parâmetros da lógica existencial. Só assim, atingir-se-á o Direito justo. O equilíbrio - hiper-suficiente e hipo-suficiente - impõe sensibilidade, de modo a, no plano existencial, ponderando distinções, evitar decisões meramente formais. O Direito moderno não prescinde dos princípios, notadamente da igualdade perante a lei, vista, porém, do ponto de vista material" (REsp. 33.615-0 - RJ).

Súmula 213 do Tribunal Federal de Recursos - “o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”.

Súmula 9 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - “em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”.

Situação diversa ao *esgotamento* das vias administrativas é o prévio requerimento administrativo, que, em alguns casos, merece ser exigido.

O fato de a Jurisprudência ser pacífica quanto à desnecessidade do prévio exaurimento da instância administrativa como condição para o exercício do direito de ação¹⁶, não retira a necessidade de haver, pelo menos, o prévio pedido administrativo. Não se trata aqui de esvaziar a eficácia do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso há justiça ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Pelo contrário, o que se quer é que estejam presentes as condições da ação para que o Órgão Julgador possa prestar *satisfatoriamente* a tutela jurisdicional. Afinal, "*enquanto não houver tal iniciativa (exercício do direito) não se pode, logicamente, alegar a existência de lesão ou ameaça a lesão, configuradora do interesse de agir em juízo*".

É bastante comum uma lide previdenciária caminhar anos e mais anos na Justiça, sem qualquer resposta jurisdicional, e, antes do julgamento, o próprio INSS reconhecer administrativamente o direito do cidadão. Nesses casos, qual foi a necessidade/utilidade do processo judicial? Absolutamente nenhuma! É preciso, portanto, filtrar os pedidos previdenciário, exigindo que haja, de fato, uma negativa formal ou informal do órgão previdenciário. Como explica AMILTON BUENO DE CARVALHO, "*urge, pois, excluir do Judiciário demandas absolutamente desnecessárias*" (*O Papel dos Juízes na Democracia*. Revista da Ajuris, nº 7, Porto Alegre, p. 366).

¹⁶ Nesse sentido, tem-se a súmula 213 do Tribunal Federal de Recursos - "o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária" e a súmula 9 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação".

Desse modo, caso não tenha havido o prévio requerimento administrativo, a melhor solução é julgar o autor carecedor da ação, ante a absoluta ausência de interesse de agir.

Nesse sentido, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. FALTA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. 1 - A ausência total de pedido na via administrativa, ingressando a segurada, diretamente, na esfera judiciária, visando obter benefício previdenciário (aposentadoria por idade), enseja a falta de uma das condições da ação - interesse de agir - pois, à mingua de qualquer obstáculo imposto pela autarquia (INSS), não se aperfeiçoa a lide, doutrinariamente conceituada como um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida. 2 - Recurso Especial conhecido e provido para extinguir o feito sem julgamento de mérito (art. 267, VI, do CPC). Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. (RESP 151818/SP (1997/0073680-6); DJ: 30/03/1998, PG: 00166; Relator Min. FERNANDO GONÇALVES; Data da Decisão 10/03/1998 Órgão Julgador SEXTA TURMA)¹⁷

Os Tribunais Regionais Federais também comungam, em sua maioria, do mesmo entendimento:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRETENSÃO MATERIAL RESISTIDA. AUSÊNCIA DE PROVA. CONTESTAÇÃO LIMITADA À MATÉRIA PRELIMINAR PROCESSUAL. AÇÃO PROCESSUAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

¹⁷ Em semelhante sentido, tem-se a decisão proferida no RESP 171517/SC (1998/0026527-9), DJ: 13/10/1998, PG: 00202, Relator Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data da Decisão: 08/09/1998; SEXTA TURMA.

Limitando-se a contestação a abordar matéria de índole preliminar processual e não tendo provado o autor a prévia formulação de requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário, indeferido expressa ou tacitamente, falta interesse de agir sob o aspecto necessidade no manejo de ação processual com esse escopo, ante a ausência de pretensão material resistida (TRF 5ª Região, AC 154042 - 98.05.53149-0 – AL, Terceira Turma, Data da Decisão: 26/08/1999, DJ 24/09/1999, p. 1369, Des. Federal RIDALVO COSTA)¹⁸.

“A ausência de prévio ingresso na via administrativa - que não se confunde com o esgotamento dela - não conflita com o princípio da universalidade da jurisdição, cuja realização não dispensa o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, limitações naturais ao exercício de ação. A ausência de anterior requerimento administrativo só se supre com a

¹⁸ Também do Tribunal Regional Federal da 5ª Região citam-se, exemplificativamente, as seguintes ementas: “Mesmo não sendo necessário o esgotamento da via administrativa, a concessão do benefício em tela depende da iniciativa do interessado junto ao órgão competente, pois apenas o indeferimento expresso do pedido ou a demora injustificada no atendimento ensejaria o ingresso em juízo” (TRF 5ª Região, AC 115996 (97.05.13993-8), CE, Primeira Turma, Data da Decisão: 15/04/1999, DJ14/05/1999, p. 741, Des. Federal CASTRO MEIRA). “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RENDA MENSAL VITALÍCIA. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE. OFENSA A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA. - Consoante gabaritada doutrina, para que haja a intervenção jurisdicional, necessária se faz a comprovação de resistência à pretensão autoral, do litígio propriamente dito. (...) Na hipótese, não tendo a parte demandante provado o prévio requerimento administrativo indeferido ou não apreciado, falece interesse de agir, porquanto ausente o requisito da oposição ao seu querer, incorrendo qualquer mácula ao princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88” (TRF 5ª Região, AC 146976 (98.05.42616-5), CE, 4ª Turma, Data da Decisão: 05/12/2000, DJ: 29/12/2000, p. 446, Des. Federal ALBERTO GURGEL DE FARIA)

contestação pelo mérito, porquanto, com a resistência à prestensão, nasce a lide e, com ela, o interesse de agir. Agravo provido para julgar o autor carecedor da ação proposta por ausência de interesse processual, à causa de inexistência de prévio ingresso na via administrativa” (TRF 4ª Região, AG 1998.04.01.019148-6 – PR, Quinta Turma, Data da Decisão: 20/08/1998, DJ: 24/02/1999, p. 404, rel. JUIZA VIRGÍNIA SCHEIBE)¹⁹.

“O Poder Judiciário não pode substituir-se ao órgão previdenciário, que deve, em primeira mão, apreciar o pedido de concessão de benefícios. Somente a falta, por omissão ou negativa, da administração, surge para o segurado o interesse de agir, pressuposto do direito de ação” (TRF 1ª Região, AC 1994.01.18352-0 – AC, Primeira Turma, Data da Decisão:

¹⁹ Igualmente: “PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. SUPRESSÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Inexistindo contestação ao mérito do pedido, não se caracteriza a resistência à pretensão deduzida na ação, que de outra forma deveria ocorrer se indeferido o requerimento administrativo. Reconhecimento da carência de ação por falta de interesse de agir” (TRF 4ª Região, AG 1998.04.01.019143-7/PR, Quinta Turma, rel. Juiz TADAAQUI HIROSE); “Antes de buscar a tutela jurisdicional, o cidadão deve fazer uso da via administrativa, a fim de configurar a pretensão resistida a concessão de benefício previdenciário”. (AG 94.04.17241-3 – RS, Quarta Turma, rel. Juiz Nylson Paim de Abreu); “É imprescindível que o interessado ingresse previamente na esfera administrativa, pois não cabe ao Juiz substituir ao administrador e conferir, mês a mês, a existência da prestação laboral e o recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como a incapacidade laboral alegada. Na falta de requerimento na via administrativa, o interessado é carecedor de ação por falta de interesse processual, visto que somente surge a partir da denegação da pretensão. Essa falta somente é suprida se, na contestação, o réu se contrapõe à pretensão, atacando o mérito da demanda” (AC 97.04.39848-4/RS, Sexta Turma, Rel. JUIZ JOÃO SURREAUX CHAGAS).

29/11/1994, DJ: 22/05/1995, p. 30620, rel. JUIZ PLAUTO RIBEIRO)²⁰.

Veja-se, contudo, que, em certos casos, embora o cidadão não tenha ingressado previamente com o pedido administrativo, o INSS, ao contestar a ação, rebate fortemente o próprio mérito, caracterizando, dessa forma, a resistência a pretensão autoral. Em situações tais, é óbvio que fica remediada a ausência do prévio requerimento administrativo; afinal, *“havendo resistência na contestação relativamente à pretensão dos autores, é desnecessário o prévio requerimento administrativo como pressuposto para a caracterização do interesse de agir processual”* (TRF 5ª Região, AC 198207 -

²⁰ Do TRF da 1ª Região, entre outros, cita-se: “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - CONCESSÃO DE BENEFÍCIO - FALTA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA - CARÊNCIA DE AÇÃO - ART. 267, VI, DO CPC. I - Dispõe o art. 3º do CPC que, para propor ação, é necessário ter legítimo interesse, vale dizer, o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, cuja composição se solicita ao Estado, de tal sorte que, sem uma pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional. II - A jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 213 do extinto TFR não dispensa o prévio pedido do benefício, na via administrativa, com o seu indeferimento, a representar a pretensão resistida e a justificar a invocação da atividade jurisdicional do Estado. Dispensa o exaurimento, ou seja, o esgotamento da via administrativa, com os recursos cabíveis, para o ingresso em Juízo, ou, noutra hipótese, dá como suprida a falta de interesse jurídico-processual do litigante, em situação na qual, embora não tivesse o segurado requerido o benefício na via administrativa, com seu consequente indeferimento, contestara o INSS a pretensão deduzida em Juízo, no mérito, tornando inócuo remeter-se a autora à via administrativa, já que restara demonstrada a existência de pretensão resistida. III - Não tendo a autora requerido o benefício administrativamente, não o fazendo ainda no prazo que lhe foi fixado, em Juízo, para tal, merece ser mantida a sentença que decretou a carência de ação” (AC 1997.010.00.34029-9/MG, Segunda Turma, rel. Juíza Assusete Magalhães).

99.05.64860-7/CE, Terceira Turma, Data da Decisão: 13/04/2000, DJ 14/07/2000, p 364, rel. Des. Federal RIDALVO COSTA). Nesse mesmo sentido:

“Resistindo o INSS no mérito à pretensão ajuizada, fica demonstrada a pretensão resistida e conseqüente interesse de agir do autor, independentemente de prévio requerimento administrativo. Preliminar de carência de ação desacolhida” (TRF 1ª Região, AC 01000718356, rel. JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN).

“Se a administração opõe contestação categórica ao pedido de aposentadoria formulado pelo autor, ainda que à vista do princípio da eventualidade, caracteriza-se situação litigiosa, a ensejar exercício da jurisdição, não condicionado, de qualquer sorte, à prévia instauração da instância administrativa, mormente na espécie, em que o direito pleiteado decorre do preenchimento de requisitos legais, e não de ato administrativo (que se limita a verificar a subsunção do fato à norma)”. (TRF 4ª Região, AG 96.04.25551-7/PR, rel. Manoel Munhoz).

Portanto, a inexistência de prévio pedido administrativo de benefício de prestação continuada não autoriza a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual, **se a autarquia previdenciária, citada para os termos da lide, contesta o mérito da pretensão, evidenciando o conflito de interesses que caracteriza a lide e impõe a autuação dos órgãos jurisdicionais para dirimi-lo.**

Em certos casos, como é a hipótese dos autos, a parte requerente alega que tentou protocolar o pedido administrativo junto ao INSS, mas a autarquia previdenciária, verbalmente, no balcão, indeferiu de plano o pedido, negando-se peremptoriamente a protocolar o requerimento. Nesses casos, eu vinha entendendo que a *“recusa, pelo INSS ou seus prepostos, de receber o requerimento administrativo do benefício é, por si só, fato que justifica o interesse de agir em juízo”* (TRF 4ª Região, AC 94.04.40632-5/RS, Quinta Turma, rel. JUIZ

TEORI ALBINO ZAVASCKI”). No entanto, revii meu posicionamento, pois, nesses casos, a parte deve se insurgir contra a recusa do INSS (ingressando, por exemplo, com um mandado de segurança) e não postular o mesmo pedido diretamente na via judicial. É que o servidor do INSS, ao não protocolar o pedido, está agindo ilegalmente, em desobediência ao art. 105, da Lei 8.213/91 (“*a apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento do benefício*”).

Diferente é a hipótese em que o requerente protocola o pedido administrativo, mas o INSS não fornece qualquer resposta em prazo razoável. Nessa situação está presente o interesse de agir: “*a falta de solução, em prazo razoável, para o pedido de benefício, formulado no âmbito administrativo, investe o segurado de interesse de agir em juízo*”. (TRF 4^a Região, AC 94.04.40632-5, Quinta Turma, rel. JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI”).

Em face de tudo o que foi acima exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

a) o prévio requerimento administrativo é requisito essencial para restar configurado o interesse de agir. Não tendo havido o prévio pedido na via administrativa, não há que se falar em pretensão resistida, muito menos em lide, ou lesão ou ameaça a direito, razão pela qual a parte autora deve ser considerada carecedora da ação, extinguindo o processo, sem julgamento mérito, com base no art. 267, inc. VI, do CPC;

b) o magistrado, verificando que não houve o prévio requerimento administrativo, tem o poder-dever de indeferir a inicial, nos termos do art. 295, inc. III, c/c art. 267, inc. I, ambos do CPC;

c) havendo resistência na contestação relativamente à pretensão dos autores, é desnecessário o prévio requerimento administrativo como pressuposto para a caracterização do interesse de agir processual. Assim, se a administração opõe contestação categórica ao pedido de aposentadoria formulado pelo autor, caracteriza-se situação litigiosa, a ensejar exercício da jurisdição, não condicionado à prévia instauração

da instância administrativa. Neste caso, a ausência de anterior requerimento administrativo é suprida com a contestação pelo mérito, porquanto, com a resistência à pretensão, nasce a lide e, com ela, o interesse de agir;

d) a recusa, pelo INSS ou seus prepostos, de receber o requerimento administrativo do benefício não é capaz de justificar o interesse de agir em juízo, pois, nesse caso, o segurado deve se insurgir contra a recusa em si e não postular diretamente o pedido na via judicial;

e) a falta de solução, em prazo razoável, para o pedido de benefício, formulado no âmbito administrativo, investe o segurado de interesse de agir em juízo. Contudo, nestes casos, é preciso que o autor comprove que, pelo menos, ingressou com o requerimento.

Há alguns poucos posicionamentos judiciais criticando a atitude do magistrado que, antes de citar o próprio INSS, indefere de plano a inicial, por ausência de interesse de agir, nos casos em que não houve o prévio requerimento administrativo. Alega-se que é o INSS quem deve dizer, na contestação, se irá resistir ou não à pretensão autoral. Não me parece que seja assim. É sabido que, em face do princípio da eventualidade, o réu tem o ônus de, na contestação, contrariar todos os argumentos contidos na inicial, sob pena de preclusão. Logo, é óbvio que o INSS, na contestação, irá procurar refutar o pedido do autor, em respeito ao princípio processual da eventualidade. Desse modo, parece-me correto ao juiz indeferir de plano a inicial, caso perceba que não houve o prévio requerimento administrativo. Este, aliás, é exatamente o caso dos autos, já que a parte autora ingressou diretamente com a ação no Judiciário, sem haver, previamente, protocolado o requerimento administrativo.

6.3.5 A preempção e o direito fundamental à ação

A perempção, como se sabe, é a perda do direito de ação em virtude de o processo ter sido extinto, sem julgamento do mérito, por três vezes em razão da desídia do autor, que não promoveu os atos e diligências que lhe competia, abandonando a causa por mais de 30 (trinta) dias (art. 267, III, do CPC).

Assim, na forma do §1º do art. 268 do CPC:

“Se o autor der causa, por três (3) vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n. III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa do seu direito”.

Com isso, ocorrendo a perempção, a quarta ação objetivando a mesma pretensão há de ser extinta sem julgamento do mérito. Essa decisão, esgotados os recursos possíveis, faz uma forma *sui generis* de coisa julgada, pois, embora sem mérito, impede a propositura de uma outra ação com os mesmos elementos da primeira, ficando, entretanto, ressalvada a possibilidade de se alegar a matéria em via de defesa.

A nosso ver, a medida adotada pelo Código de Processo Civil não é proporcional, sendo, portanto, constitucionalmente inválida. É que, como visto, embora os princípios constitucionais processuais não se configurem em preceitos absolutos, quaisquer limitações a esses princípios somente serão possíveis se forem adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

No caso, a medida, por visar punir o autor desidioso, certamente é adequada. Também é proporcional em sentido estrito, pois, como já dissemos, há, em contraposição ao direito à demanda, um direito fundamental de não ser processado indevidamente. Assim, haverá casos em que será melhor sacrificar o direito à ação em nome do direito à paz (*e.g.* a exigência de observância das condições da ação como limites ao exercício do direito de ação). Porém, conquanto a medida seja adequada e proporcional em sentido estrito, não é necessária, vale dizer é excessiva, rigorosa ao ponto de atingir o núcleo essencial do direito à ação.

Realmente, a punição prevista no parágrafo único do art. 268 impede, por completo, a apreciação da matéria, em via de ação, pelo Poder Judiciário, sendo de se questionar, inclusive, se caberá ação rescisória da terceira decisão que extingue o processo, pois, apesar de ser uma decisão sem julgamento de mérito, tem o condão de impedir a propositura de uma nova demanda. Afronta, dessa forma, o direito fundamental à ação. Em outras palavras: não é o meio mais suave de se punir o autor desidioso. Certamente, a imposição de uma multa ou outro ônus desta natureza teria o condão de punir o autor, sem contudo impossibilitar o exercício do direito de ação.

Em resumo: a perda do exercício do direito de ação pela preempção, prevista no parágrafo único do art. 268 do CPC não é constitucional, pois, conquanto seja adequada e proporcional em sentido estrito, não é necessária por ser excessiva. Ressalte-se, no entanto, que a doutrina e a jurisprudência, nas raras oportunidades em que tratam da matéria, entendem o contrário, ou seja, que não há inconstitucionalidade no preceito.

6.3.6 As custas processuais (o princípio da gratuidade da justiça)

*“A Justiça está aberta a todos, como o Hotel Ritz”.
Famosa frase atribuída a um juiz inglês da época vitoriana*

‘A demanda corria, corria . . . até um resto de fazenda o Honorato teve de vender para custear as despesas, e acabou morrendo de desgosto, sem conseguir recuperar o que era seu!’ MÁRIO PALMÉRIO, Vila dos Confins

Desde o aparecimento dos direitos de segunda geração (direitos sociais), o Estado passou a ter uma função mais ativa, no sentido de atuar objetivando diminuir as desigualdades existentes na sociedade de

classes. Os direitos fundamentais passaram a ter um caráter positivo (*status positivus*, direitos a prestações), prevalecendo, embora não substituindo, às antigas noções de resistência e defesa (*status negativus*, direitos de liberdade).

Em razão disso, o direito de ação, entronizado também como direito fundamental, deixa de ser um direito de resistência, nos moldes do clássico jargão *a lei não excluirá da apreciação do Judiciário a lesão a direito*. O Estado, agora, está jungido a contribuir, através de prestações, na efetivação desse direito fundamental. Nasce assim institutos como o acesso gratuito à Justiça para os necessitados. E o melhor: o Estado não apenas permitirá a gratuidade do exercício do direito de ação aos necessitados, ou seja, a instauração do processo sem o pagamento de taxas, como também deverá fornecer assistência jurídica, integral e gratuitamente, aos que comprovarem insuficiência de recurso (art. 5º, LXXIV, da CF/88). Além disso, serão "gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania" (art. 5º, LXVII, da CF/88). É o princípio da gratuidade da Justiça.

Surge também o instituto da assistência jurídica, que a própria Constituição cuida em disciplinar genericamente a forma como ela se dará:

“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do **art. 5º, LXXIV**” (art. 134, da CF/88).

E ainda:

“Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização os Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais” (parágrafo único, do art. 134, da CF/88)

Esses dispositivos são, portanto, densificações do direito fundamental de ação. Assim, o mandamento finalístico do preceito constitucional é o seguinte: o acesso à Justiça deve ser fácil e aberto a todos.

O próprio vocábulo *acesso* já indica que o processo deve ser *acessível*, isto é, não pode haver dificuldades de qualquer espécie para que o cidadão “bata às portas do Judiciário”.

A assistência judiciária é um dos pontos fundamentais do acesso à ordem jurídica justa, que, além de ser necessária para garantir a realização efetiva do direito de acesso à justiça, é pressuposto fundamental da participação no poder (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. p. 78).

Esse instituto da assistência judiciária é uma típica manifestação do direito fundamental de ação que exige uma prestação (positiva) por parte do Estado, que tem o dever de tornar a justiça acessível a todos, estruturando-a adequadamente e tornando-a capaz de atender aos reclamos sociais. Todos os interessados têm o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação efetiva desta garantia constitucional. Não se trata, portanto, de disposição meramente programática.

A par disso, o fácil acesso exige uma ponderação acerca das chamadas custas processuais. Em outras palavras: pode o serviço judiciário ser custeado mediante taxa?

O Min. Carlos Velloso, na ADIn 948-Go, 9.11.95, sobre o assunto defendeu que:

"O serviço da Justiça, o serviço prestado pelo Poder Judiciário, na sua atividade-fim, não constitui um serviço público específico e divisível. É dizer, o serviço prestado pelo Poder Judiciário é um serviço geral, que é prestado indistintamente a todas as pessoas. Os serviços prestados pelo Poder Judiciário, na sua atividade-fim, são custeados pelos impostos e não pela taxa. Concedo que, no Judiciário, há serviços que podem ser custeados pela taxa, serviços específicos e divisíveis. Não, entretanto, o serviço geral, ligado à atividade-fim do Judiciário, que é a

prestação jurisdicional, ou a solução de conflitos entre as pessoas, fazendo valer a vontade concreta da lei. No caso, cuidamos de serviço geral, ligado à atividade-fim do Judiciário: prestação jurisdicional. A taxa, pois, tal como se apresenta, parece-me inconstitucional".

O entendimento, porém, não foi vencedor. De fato, o Supremo Tribunal Federal, atualmente, é pacífico quanto à possibilidade de o serviço judiciário ser remunerado mediante taxa (Rep. 1.077 - RJ, ADIMC-1926/PE *etc.*).

Na Representação 1.077 - RJ, verdadeiro *leading case* sobre a matéria, o seu rel. Min. Moreira Alves, assim votou:

"Sendo - como já se acentuou - a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da Justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela - como toda taxa com o caráter de contraprestação - um limite, que é o custo da atividade do Estado dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o **quantum** alíquota por esta fixado. (...) Por isso, taxas cujo montante se apura em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide a alíquota invariável), tem necessariamente de ter um limite, sob pena de tornar, com relação às causas acima de determinado valor indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos" (voto do Min. Moreira Alves, na Rep. 1.077 - RJ)

Percebe-se, dessa forma, que, de acordo com o entendimento sufragado, em princípio, é legítima a cobrança de taxa remuneratória dos serviços forenses. Há, contudo, uma séria limitação:

"Se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção de prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do par-4. do artigo 153 da Constituição" (RP-1077 / RJ, Ministro MOREIRA ALVES, 28/03/1984 - TRIBUNAL PLENO) - o dispositivo constitucional citado refere-se à Constituição pretérita, que dispunha sobre a inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Assim, a taxa judiciária deve "ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula. E há de ter um limite, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso de muitos à Justiça (ADI-948 / GO Ministro FRANCISCO REZEK, 09/11/1995 - Tribunal Pleno).

Em suma: poder de taxar há de obedecer estritamente o princípio da proporcionalidade, evitando-se excesso de poder que inviabilize o acesso à Justiça.

Ainda no que se refere à gratuidade da Justiça, a jurisprudência vem dando importantes passos no sentido de sua ampliação.

Com efeito, *e.g.*, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos momentos, já decidiu que a assistência judiciária pode ser utilizada pelas pessoas jurídicas e mesmo por pessoas com certa condição financeira.

Assim, "pelo art. 5º, LXXIV, da CF/88, é de se estender à pessoa jurídica o benefício da justiça gratuita, ante a comprovação de que o titular da microempresa de minguados recursos, independentemente de ter ou não família, encontra-se em periclitante penúria, incapaz de arcar com os antecipados ônus processuais" (Precedentes citados: REsp 161.897-RS, DJ 10/8/1998, e REsp 70.469-RJ, DJ 16/6/1997. Resp 200.597-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 18/5/1999).

Da mesma forma, o STJ concedeu a um Espólio a gratuidade da justiça, por entender que só por tratar-se de espólio não estaria ele impedido de pleitear a concessão desse benefício. A verificação acerca da alegada miserabilidade recairá, evidentemente, sobre os herdeiros e o patrimônio deixado. Para obter o benefício, à parte basta afirmar que não se acha em condições de arcar com as despesas do processo (art. 4º, da Lei nº 1.060/50) (Resp 122.159-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 2/9/1999).

Aponta-se, ainda, um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que repeliu a rígida aplicação de regras da do Código de Processo Civil sobre o valor da causa, porque a exagerada elevação deste para fins de adiantamento de custas representa inconstitucional entreve ao acesso à Justiça e violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (TJSP, Ag. Ins. 61.427-1, 1ª Câmara Cível, j. 15.10.85, rel. Rangel Dinamarco).

Vale citar outras decisões acerca do princípio da gratuidade da Justiça:

"PESSOA JURÍDICA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A pessoa jurídica, para ter o benefício da gratuidade de justiça, precisa demonstrar, cabalmente, a insuficiência de recursos para as despesas do processo, não bastando a simples declaração de uma das sócias. REsp 182.557-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 2/9/1999".

"GRATUIDADE DE JUSTIÇA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. A Turma decidiu que o juiz não pode condicionar o exame do pedido de gratuidade de Justiça à obrigação de o advogado, quando nomeado pelo assistido (Lei n.º 1.060/50), prestar compromisso de exercer a sua atividade no processo sem ônus para seu cliente. RMS 6.988-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 6/4/1999".

7. O DIREITO DE AÇÃO E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

*“Só fiquei arruinado duas vezes em minha vida: uma quando perdi um processo, e outra quando ganhei”.
Famosa frase de Voltaire*

*“El vencido, vencido. El vencedor, perdido.” provérbio
espanhol que ironiza a inefetividade do processo*

Superada que foi a concepção privatista do direito em geral e do processo em particular, aparece com força total, na mentalidade jurídica, uma consciência mais avançada sobre a exigência da efetividade da tutela jurisdicional ou *“a worldwide movement to make rights effective”*. Dessa exigência de efetividade, nasce um *direito fundamental a um processo justo e efetivo* (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. p. 14).

O princípio da efetividade, portanto, não é outra coisa senão o reflexo, na esfera do direito processual, do triunfo geral das concepções publicísticas (diríamos, constitucionalistas) que, a cada dia, mais se interpenetram na cultura jurídica em todo o mundo.

BARBOSA MOREIRA enumerou seis pontos que podem resumir a problemática essencial da “efetividade do processo”. Ei-los:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias (*Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*. p. 77/78).

Como se pode perceber, a efetividade, tal como concebida pelos processualistas modernos, tem uma acepção bastante ampla (tutela adequada, útil, completa, plena, rápida e econômica), podendo-se mesmo afirmar que o princípio tem quase os mesmos contornos do próprio acesso à justiça, que o fundamenta.

Em outro trabalho, BARBOSA MOREIRA sintetizou a efetividade no que ele chamou de 'postulado da máxima coincidência possível', que, aliás, já estava consagrada na fórmula chiovendiana, segundo a qual 'o processo deve dar, a quem tem razão, tudo aquilo e exatamente aquilo a que ele tem direito de conseguir'.

Dessa noção de efetividade, emerge um outro princípio que já se tornou adjetivo indissociável da idéia de processo efetivo: a instrumentalidade do processo.

7.1. A instrumentalidade do processo

"Infelizes vocês, professores da lei e fariseus, cheios de falsidade! Vocês pagam a décima parte da hortelã, da erva-doce e do cominho e se esquecem dos preceitos mais importantes da lei, como observar a justiça, o amor ao próximo e a fé. É preciso praticar primeiro estas coisas importantes, sem descuidar das outras menos importantes. Vocês filtram um mosquito e engolem um camelo". Bíblia, Evang. de Mateus, 23, 23-25

Quando se fala em instrumentalidade do processo, logo vem à mente a abolição de formalismos inúteis, com vistas a uma maior celeridade processual. É o que se costuma denominar de “aspecto negativo da instrumentalidade”²¹, que tem íntima conexão com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual.

Nesse ponto, a instrumentalidade surge como uma garantia de acesso à justiça daqueles que não possuem recursos suficientes para aguardar um processo demorado, já que “a morosidade do processo – como explica MARINONI - atinge muito mais de perto aqueles que possuem menos recursos. A lentidão processual pode ser convertida num custo econômico adicional, e este é proporcionalmente mais gravoso para os pobres”. Aliás, constitui um direito fundamental do cidadão o direito a uma resposta jurisdicional em um prazo razoável (direito à tempestividade da tutela jurisdicional), nos termos do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica e de outras Convenções de Direitos Humanos.

A instrumentalidade do processo e, portanto, a própria efetividade, embora tendo em mira a celeridade da prestação jurisdicional, não implica em renúncia à técnica processual. Como diz BARBOSA MOREIRA, “efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que dêem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção. Demonstram também que a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade. Tais os termos em que se deve formular a equação. Ponhamos em relevo o papel instrumental da técnica; evitemos escrupulosamente quanto possa fazer suspeitar de que, no invocá-la, se esteja dissimulando mero pretexto para a reentronização do velho e desacreditado formalismo; demos a cada peça do sistema o lugar devido, na tranqüila convicção de que, no mundo do processo, há pouco espaço para absolutos, e

²¹ O termo é de Dinamarco.

muito para o equilíbrio recíproco de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos.

E mais: quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 160).

7.2. A tutela jurisdicional adequada

Como vimos, a tutela jurisdicional há de ser adequada para ser efetiva. Nasce assim um verdadeiro ***direito fundamental à adequada tutela jurisdicional***, fazendo com que o legislador seja obrigado a traçar formas de tutela adequadas às várias situações de direito substancial e que o doutrinador e os operadores do direito devem ler e compreender as normas infraconstitucionais sempre à luz da garantia da efetividade (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*p. 118).

A par de uma estrutura orgânico-institucional adequada, é fundamental, outrossim, instrumentos jurídicos capazes de proteger eficazmente os direitos em litígio.

Nesse ponto, parece que estamos no rumo certo, afinal não há negar que todos os mecanismos (ou remédios) constitucionais postos à disposição do jurisdicionados são hábeis à proteção de qualquer espécie de direito ou interesse legítimo, pelo menos se bem “utilizados” pelos operadores do direito.

Exemplo célebre de "má utilização" dos instrumentos jurídico-constitucionais foi-nos fornecida pela mais alta corte com relação ao mandado de injunção. A postura do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, foi de igualá-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, o mandado de injunção que poderia ser uma arma eficiente de proteção aos direitos a prestações praticamente foi *desmuniado*: se antes era um potente obuseiro capaz de atingir plenamente os alvos pré-determinados tornou-se, graças à interpretação tímida e covarde do Pretório Excelso, mera carabina de tiros de festim inofensivos. Porém, mais recentemente, em decorrência das severas críticas da comunidade jurídica, a Corte Máxima vem adotando uma postura menos conservadora no que concerne à força deste instrumento, possibilitando ao Poder Judiciário, de acordo com o caso concreto, suprir a omissão nominativa, formulando, com efeito *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional.

O poder geral de cautelar do juiz encontra assento constitucional graças a esse dispositivo, vez que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário "ameaça a direito". Por esta razão, como explica, MARCELO GUERRA, as leis restritivas de concessão de liminar é *inócuo* e *inconstitucional* quando, nos casos onde revele indispensável para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, a antecipação total ou parcial da providência principal, proíbe que essa antecipação seja feita (*Estudos sobre o Processo Cautelar*. p. 92).

Nesse sentido, aliás, decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

Ementa: CONSTITUCIONAL. CRUZADOS NOVOS. LIBERAÇÃO REALIZADA POR LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR. LEI 8076/90. 1 - A lei 8076/90, art. 1º, que suspende a concessão de medida liminar, é eivada de vício de inconstitucionalidade, por ferir o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (cf, art. 5º, XXXV). 2 - A função jurisdicional compreende o direito completo de ação,

albergando os seus diversos gêneros como o processo de conhecimento, executivo e cautelar. Não se admite, portanto, que a liminar, como remédio acautelatório, que é tida e havida como atividade jurisdicional, viesse a sofrer qualquer limitação por força de lei infraconstitucional. **3 - Segurança denegada.** (MS 0504220 / 1991 - PE, Data da Publicação: 09-18-1992, Relator do Acórdão: JUIZ BARROS DIAS)

Em resumo: tendo o processo por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Assim, esse princípio constitui a síntese generosa de todo pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo.

Como afirma CAPPELLETTI

“a instrumentabilidade do direito processual e, portanto, da técnica do processo, impõe, todavia, uma consequência de grande alcance. Como qualquer instrumento, também aquele direito e aquela técnica devem realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estreitamente possível à particular natureza de seu objeto e de sua finalidade, ou seja, à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos do mencionado direito. *Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade*” (A Ideologia no Processo Civil. p. 17/18).

7.4. A litigiosidade contida e a tutela dos direitos individuais homogêneos em matéria fiscal

Com o acesso à ordem jurídica *justa, efetiva, adequada e mais simplificada*, evita-se o que KAZUO WATANABE denominou de “litigiosidade contida”, que é o fenômeno faz com que um grande

número de causas “de menor complexidade” (leia-se: de menor valor pecuniário), decorrentes de uma mesma situação fática, fiquem à margem da proteção judicial, tendo em vista que os custos com o processo seriam maiores do que as vantagens por ele trazidas. Afinal, quais seriam os motivos para lutar por um direito se, no final das contas, as desvantagens serão maiores (pagamento de honorários de advogado, demora na prestação jurisdicional, pagamento de custas *etc*)?

Um exemplo concreto pode esclarecer o que vem a ser essa “litigiosidade contida”.

Aqui, no Estado do Ceará, há um tributo chamado “Taxa de Incêndio”, cuja constitucionalidade é, no mínimo discutível, por uma série de razões (sua base de cálculo é semelhante a do IPTU, seu fato gerador é um serviço que não pode ser custeado mediante taxas, fere o princípio da isonomia *etc*). Porém, o montante de seu valor não ultrapassa a quantia de dez reais mensais. Por esta razão ninguém, aqui na Terra da Luz, questionou a cobrança da malsinada Taxa, embora ninguém concorde em pagá-la. O pensamento do empresário leigo é muito simples: ora, se o serviço público de combate a incêndio existe, devo pagar uma taxa por ele; se não pagar, vou para a dívida ativa. “É *‘se queimar’* por muito pouco”, diria outro empresário mais chegado a trocadilhos. O advogado, mais instruído, por sua vez, pensa: “o valor da taxa é tão irrisório que não vale a pena acionar o Poder Judiciário para evitar sua exação, prefiro questionar a cobrança do COFINS, SALÁRIO-EDUCAÇÃO, FUNRURAL *etc*”.

De fato, se formos raciocinar com cifras, veremos que o custo/benefício de uma ação judicial visando a suspensão de exigibilidade da Taxa de Incêndio não valeria a pena. O tempo de um advogado tributarista vale ouro. Os gastos com cópias e autenticação de documentos, contador, advogado, taxas judiciais *etc* ultrapassariam de muito o montante do tributo: é melhor pagar.

O pior é que isso ocorre com muitas outras taxas ou tributos “inominados” cobrados pelos Municípios, Estados e União. Apenas a

título de exemplo citamos as taxas de iluminação pública, de esgoto, de limpeza pública, de localização e funcionamento *etc.* Os seus valores são, de certa forma, tão baixos que não vale a pena questioná-los individualmente. Com isso, o Poder Tributante cria uma situação bastante confortável, pois cobra esses tributos indevidamente, sabendo que jamais serão restituídos ou reclamados. Os fins justificam os meios... De grão em grão...

Cria-se assim uma situação de ebulição: ninguém concorda, todos sabem que não devem pagar, mas, por falta de alternativa, pagam. É a litigiosidade contida, que, para ser evitada, necessita de instrumentos adequados de proteção.

No exemplo citado, os interesses em jogo são da categoria dos denominados “individuais homogêneos”, “assim entendidos os decorrentes de origem comum” (CDC, art. 81, parágrafo único, III).

A proteção dos interesses individuais homogêneos, em matéria de direito do consumidor, é atualmente legalmente possível, pois o Código de Defesa do Consumidor possibilitou a propositura da “ação civil pública” e da “ação civil coletiva” para defendê-los em juízo, sendo que a legitimação ativa para a defesa desses interesses será “concorrente e disjuntiva” de qualquer co-legitimado que demonstre, no caso concreto, a “representatividade adequada”.

Porém, não sendo a matéria decorrente de relação de consumo, não haveria, a princípio, possibilidade de proteção coletiva desses interesses individuais homogêneos. Também, na maioria dos casos, não caberia a ação direta de inconstitucionalidade, vez que ora a lei com base na qual o Poder Público cobra o tributo é anterior à Constituição, ora a lei instituidora do tributo é municipal. Ou seja, quem se sentir prejudicado que proponha uma ação individual.

Nós vimos que, em muitos casos, a ação individual é completamente inviável, até porque as pessoas jurídicas de direito público não têm capacidade para ser parte nos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95, art. 8º). O que fazer então? Deixaríamos sem proteção jurídica esses interesses individuais homogêneos? Sem

dúvida, essa não seria uma solução constitucional, pois não poderá ser afastada da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A solução é muito simples, embora poucos (sobretudo os Tribunais Superiores) não consigam vê-la, e fácil de encontrar sem necessitar recorrer à velha desculpa do “*de lege ferenda*”. Vejamos.

Primeiramente, não se pode perder de vista, na esteira do que já foi dito linhas atrás, que estamos vivendo a terceira dimensão dos direitos fundamentais. Logo, o acesso à justiça, em sua dimensão de direito à ação, não abrange mais apenas a proteção dos direitos individuais, mas, igualmente, a tutela jurisdicional dos interesses coletivos (difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos).

A Constituição, atenta a esse estágio dos direitos fundamentais, dispõe que é função institucional do Ministério Público, entre inúmeras outras, promover a ação civil pública, para a proteção dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

No Código de Defesa do Consumidor, há a possibilidade expressa de cabimento da ação civil pública ou ação civil coletiva para proteção dos interesses individuais homogêneos. No entanto, em matéria tributária, que não é relação de consumo, não o há.

Ante a ausência de legislação autorizando o *Parquet* a propor ação civil pública objetivando a proteção de direitos individuais homogêneos decorrentes de relação tributária, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente entendendo que a Lei 7.347/85, que disciplina o procedimento da ação civil pública, somente tutela os “direitos individuais homogêneos” quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. O Ministério Público, portanto, não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte, que não se equipara ao consumidor.

E mais: “o Ministério Público não pode promover ação civil pública para efeito de se declarar a inconstitucionalidade de lei, no propósito de desconstituir o lançamento de taxa de iluminação pública efetuado pelo município, porque se estaria transformando-a em ADIN,

o que é reprovado pela jurisprudência do STF (REsp 140.368-MG, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. José Delgado, julgado em 11/5/1999).

Dessa forma, “os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o artigo 21, da Lei 7347/85, somente poderão ser tutelados pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores” (RESP 177804/SP).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, pela primeira vez, sobre a matéria, acatando, na íntegra, esse posicionamento tradicional. Cita-se o disposto no informativo 174 do STF:

“Legitimidade Ativa: Ministério Público – 1. Concluído o julgamento do recurso extraordinário em que se discute a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública que verse sobre tributos (v. Informativos 124 e 130). Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, afastou a prejudicialidade do recurso extraordinário interposto simultaneamente com o recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, uma vez que o STJ, ao não conhecer deste último, apenas confirmou o entendimento do acórdão recorrido, não se tratando, portanto, de questão surgida originariamente quando do julgamento do recurso especial, caso em que seria necessária a interposição de novo recurso extraordinário. Vencido o Min. Marco Aurélio, que julgava prejudicado o recurso extraordinário por entender que o acórdão impugnado fora substituído pelo acórdão proferido pelo STJ, de acordo com o art. 512 do CPC (“o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso”). No mérito, o Tribunal, por diversos fundamentos, manteve o acórdão recorrido que negara legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública visando à revisão de lançamentos do IPTU do Município de Umuarama. Vencido o Min. Marco Aurélio, que

conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público. RE 195.056-PR, rel. Min. Carlos Velloso, 9.12.99.

Legitimidade Ativa: Ministério Público – 2. Com base no entendimento acima mencionado, ou seja, de que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública que verse sobre tributos, o Tribunal, por maioria, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que julgara extinta, sem julgamento do mérito, ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo (Lei 23/73). Vencido o Min. Marco Aurélio, que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público estadual. RE 213.631-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 9.12.99”.

Esse entendimento, em que pesem as razões técnicas em que se fundamenta, merece as mais veementes censuras.

Ora, com um simples silogismo é fácil perceber que os interesses individuais homogêneos, originários de qualquer situação fática comum (seja relação de consumo, seja relação tributária), são tuteláveis pela ação civil pública. Vejamos:

1. Ao Ministério Público incube a propositura da ação civil pública para a defesa dos interesses difusos e coletivos.

2. Os interesses individuais homogêneos são coletivos, ou pelo menos, acidentalmente coletivos.

3. Logo, ao Ministério Público incube a propositura da ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

Pensar o contrário é analisar a Constituição “de baixo para cima”, ou seja, das normas infraconstitucionais às normas constitucionais, o que é um erro, conforme já vimos no início deste trabalho.

Além disso, deve ser ressaltado que o art. 117 do Código de Defesa do Consumidor faz com que as disposições processuais deste

diploma legal sejam aplicados à Lei da Ação Civil Pública. Ou seja: a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor estão interligados, existindo uma ampla e perfeita interação entre os dois estatutos legais, donde se conclui que, atualmente, é possível - a despeito de o art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública falar apenas em direitos difusos ou coletivos – a tutela de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneos, sejam de que origem for (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*p. 88).

Ademais, seria deixar sem tutela adequada esses interesses individuais homogêneos, o que fere frontalmente o direito fundamental à ação. De fato, um sistema que consagra e protege interesses coletivos e não estrutura meios adequados para permitir sua efetiva tutela é um sistema incompleto ou falho. Portanto, ante a ausência de legislação “densificando” o princípio do acesso à justiça efetivo e adequado, capaz de tutelar os interesses individuais homogêneos, cumpre aos operadores do direito encontrar meios de tornar este princípio eficaz e exequível (ou seja, cumpre aos doutrinadores e à jurisprudência densificar e **concretizar** o princípio do acesso à justiça) e não, covardemente, negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais sob o argumento de que não existe legislação integradora dispondo sobre a matéria. Como já dissemos: para fazer valer a Constituição, o juiz não precisa pedir licença a ninguém.

Como diz MARINONI,

“se a disciplina da legitimação para a causa ativa, no processo civil individualista, constitui obstáculo para o acesso à justiça, aponta-se, agora, para a ‘molecularização’ do direito e do processo, com a reestruturação das categorias processuais clássicas, para sua adaptação aos conflitos emergentes. É o tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos, e não somente a indivíduos enquanto tais” (*Novas Linhas do Processo Civil*..p. 69).

Em outra passagem, explica o professor da PUC-SP:

“A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes” (p. 87).

8. PARA CONCLUIR

*"Eu quero a minha pátria para os meus
quero a luz igual sobre a cabeleira
quero o amor do dia e do arado,
quero apagar a linha que com o ódio
fazem para apartar o pão do povo". Pablo Neruda, Não
há perdão.*

A justiça é o pão do povo, assim poetizava Bertold Brecht. E o povo - sabemos - está sempre com fome, necessitando a todo instante deste pão, que é a justiça.

Hoje, infelizmente, é triste reconhecer que o povo está mais faminto do que nunca, à beira da morte por inanição. A justiça institucionalizada, salvo raras exceções que confirmam a regra, está mais para caviar do que para pão. O acesso fácil, barato e pleno ao Judiciário ainda é uma utopia, mas que, por isso mesmo, deve de ser buscada por todos os que fazem o Judiciário. Como diria Mário Quintana:

*"Se as coisas são inatingíveis - ora!
não é motivo para não querê-las...
que tristes os caminhos se não fora
a mágica presença das estrelas!"*

Deixando de lado essas divagações poéticas, não se pode negar: muito está sendo feito em favor do pleno acesso à Justiça. A cada dia vai surgindo uma nova mentalidade e sendo criados novos institutos jurídicos com o expresso objetivo de tornar o processo mais simples, célere e efetivo, ou seja, com vistas a otimizar o direito fundamental à ação. Como exemplo disso temos:

1. a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que, por força da Lei 10.259/2001, foram criados também no âmbito da Justiça Federal;

2. a ampliação das hipóteses em que é cabível a ação civil pública, mormente no que tange aos direitos do consumidor e ao meio ambiente, bem assim a maior aceitação das ações coletivas, sendo, aos poucos, afastada a noção individualista em torno do interesse de agir e coisa julgada;

3. a ampliação dos poderes e da independência do Ministério Público, sobretudo no que se refere à proteção dos interesses difusos e coletivos (incluídos os individuais homogêneos);

4. a simplificação do sistema recursal (Lei 9.756/98), mas que, inegavelmente, ainda é um dos problemas crônicos do direito processual brasileiro;

5. a aceitação de *novas tecnologias* (correio eletrônico, *fac-símile*, *etc*), visando "modernizar" o andamento processual (Lei 9.800/99);

6. a regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e da argüição de preceito fundamental (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99, respectivamente);

7. o entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias do direito à gratuidade processual;

8. a reiterada declaração de inconstitucionalidade, por parte do Supremo Tribunal Federal, de atos normativos que fixam, de forma irrazoável e excessiva, os valores das custas processuais;

9. a maior abrangência que vem sendo dada ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, passando agora a incluir, com base nos critérios da proporcionalidade, até o mérito do ato administrativo, a legitimidade de atos normativos, os requisitos da medida provisória (sobretudo o da urgência) *etc*.

Por outro lado, não é difícil encontrar, dentro do próprio Poder Judiciário, posicionamentos anacrônicos que dificultam, sem razão alguma, o acesso à Justiça. Para exemplificar, temos:

1. o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não ser possível ação civil pública em matéria tributária em que estejam sendo discutidos interesses individuais homogêneos;

2. a vetusta jurisprudência dando por constitucional o prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança;

3. a tímida aceitação, por parte do Pretório Excelso, do mandado de injunção, igualando-o, inicialmente, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ressalte-se, porém, que mais recentemente, em decorrência das severas críticas da comunidade jurídica, a Corte Máxima vem adotando uma postura menos conservadora - mas ainda bastante tímida - no que concerne à força deste instrumento, possibilitando ao Poder Judiciário, de acordo com o caso concreto, suprir a omissão normativa, formulando, com efeito *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional;

4. o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser cabível recurso extraordinário quando a violação à Constitucional for a princípios constitucionais como o do devido processo e da legalidade, como se os princípios constitucionais não fossem normas constitucionais;

5. o apego a formalismos exacerbados no que se refere à observância às condições da ação, fazendo com que o magistrado, muitas vezes, sacrifique o direito fundamental à ação, em nome de dogmas individualistas manifestamente ultrapassados e não condizentes com a nova ótica social pela qual o processo está sendo visto;

6. a não aplicação - ou a parca aplicação - do princípio da proporcionalidade por parte dos magistrados em todas as graus de jurisdição, certamente causada pelo desconhecimento do princípio (bem assim de seus subprincípios);

7. a negação da prestação da tutela jurisdicional em casos que exigem uma postura política mais "ativa" por parte do Poder Judiciário.

No que tange à atividade legiferante, vê-se, outrossim, inúmeros retrocessos, como a ampliação das abomináveis "prerrogativas processuais" da Fazenda Pública, tornando o processo judicial praticamente ineficaz quando se litiga com o Poder Público. Neste ponto, ainda mais lamentável é a adoção de medidas provisórias, por parte do Poder Executivo, visando resolver problemas processuais contingenciais, sempre com vistas à dificultar a prestação da tutela jurisdicional em matérias de interesse do Governo Federal. Cabe, portanto, nestes casos, ao Judiciário reafirmar sua independência e sua força como verdadeiro "Poder Constituído", indispensável num Estado Constitucional e Democrático, fundado no sistema de controle dos "freios e contrapesos".

Cremos que o presente trabalho contribuiu, na medida do possível, para que o direito de ação seja, efetivamente, levado a sério.

Obviamente, discutir os limites e possibilidades da Constituição e, portanto, do direito fundamental de ação, à dogmática cumpre fazer. Neste ponto, temos a consciência de que cumprimos nossa parte. Agir para efetivar a Constituição, por sua vez, é o que importa aos operadores do Direito. O desafio, portanto, agora mais do que nunca, é agir com o fito de concretizar as normas constitucionais, ou seja, de torná-las vivas no seio da sociedade, em todas as suas classes.

Sempre e sempre deve estar presente na atividade diária de todo profissional a vontade real de fazer valer os mandamentos constitucionais, pois de nada valem apelos doutrinários sem a devida e concreta acolhida da teoria pelos verdadeiros operadores das normas jurídicas. Se assim não fosse, 'não restaria outra saída senão recolher-se à celeberrima torre de marfim e ali matar o tempo com charadas exegéticas sem repercussão alguma no mundo exterior', conforme a famosa passagem de Barbosa Moreira.

Por fim, encerra-se esta obra com a luz de esperança proclamada pelo grande poeta da liberdade *Castro Alves*:

"Adeus, meu canto! É a hora da partida..."

*O oceano do povo s'encapela.
Filho da tempestade, irmão do raio,
Lança teu grito ao vento da procela.*

*O inverno envolto em mantos de geada
Cresta a rosa de amor que além se erguera...
Ave de arribação, voa, anuncia
Da liberdade a santa primavera.*

*É preciso partir, aos horizontes
Mandar o grito errante da vedeta.
Ergue-te, ó luz! — estrela para o povo,
— Para os tiranos — lúgubre cometa.*

*Adeus, meu canto! Na revolta praça
Ruge o clarim tremendo da batalha.
Águia — talvez as asas te espedacem,
Bandeira — talvez rasgue-te a metralha.
(...)*

*É tempo agora pra quem sonha a glória
E a luta... e a luta, essa fatal fornalha,
Onde referve o bronze das estátuas,
Que a mão dos sec'los no futuro talha ...*

*Parte, pois, solta livre aos quatro ventos
A alma cheia das crenças do poeta!...
Ergue-te ó luz! — estrela para o povo,
Para os tiranos — lúgubre cometa.
(...)*

*A cada berço levarás a crença.
A cada campa levarás o pranto.
Nos berços nus, nas sepulturas rasas,
— Irmão do pobre — viverás, meu canto.*

*E pendido através de dois abismos,
Com os pés na terra e a fronte no infinito,
Traz a bênção de Deus ao cativo,
Levanta a Deus do cativo o grito!"*

BIBLIOGRAFIA

- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Almedina, Coimbra, 1994
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania - A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. Saraiva, São Paulo, 1995
- _____. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. Revista da Esmec n. 2, vol. 2, Fortaleza, 1999
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Revista da Ajuris 29, Porto Alegre, nov. 1983
- _____. *A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro*. Revista da Ajuris 32, Porto Alegre, nov. 1984
- _____. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*. Revista da Ajuris 55, Porto Alegre, jul. 1992
- _____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Revista da Ajuris 64, Porto Alegre, jul. 1995
- _____. *Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas*. Revista da Ajuris 68, Porto Alegre, nov. 1996
- BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 3^a ed. atual, Renovar, Rio de Janeiro, 1996
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2^a ed. Saraiva, São Paulo, 1998
- BECCARIA, Cesare Bonecasa. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 11^a ed. Hemus, São Paulo, 1995
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7^a ed. Unb, Brasília, 1996, p. 159
- BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei n° 1.533/51)*. Revista dos Tribunais:

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 26, São Paulo, jan-mar 1999

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998

CAPPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*. Revista da Ajuris 23, Porto Alegre, nov. 1981

_____. *Tutela dos Interesses Difusos*. Revista da Ajuris 33, Porto Alegre, mar. 1985

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, BRYANT. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998

CARVALHO, Amilton Bueno. *A Lei. O Juiz. O Justo*. Revista da Ajuris 39, Porto Alegre, mar. 1987

_____. *Jurista Orgânico: uma Contribuição*. Revista da Ajuris 42, Porto Alegre, mar. 1988

_____. *Magistratura e Mudança Social: Visão de um Juiz de Primeira Instância*. Revista da Ajuris 49, Porto Alegre, jul. 1990

_____. *O Papel dos Juízes na Democracia*. Revista da Ajuris, 70, Porto Alegre, 1997

CARVALHO, Amilton Bueno; BAGGIO, André. *Jusnaturalismo de Caminhada: uma Visão Ética Utópica da Lei*. Revista da Ajuris 48, Porto Alegre, mar. 1990

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*. Acadêmica, São Paulo, 1993

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Forense. Rio de Janeiro, 1994

_____. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. trad. Benedicto Giacoboni. RED Livros, São Paulo, 1999

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. Saraiva, São Paulo, 1996
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. Malheiros, São Paulo, 1996
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. Atlas, São Paulo, 1999
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais - Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Malheiros, São Paulo, 1997
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Saraiva, São Paulo, 1996
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição e a Efetividade das Normas Ambientais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000
- GALVÃO, Edna Luiza Nobre. *Princípio do Contraditório*. Disponível Online Via URL: <http://www.jus.com.br/doutrina/pcontrad.html>
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973
- _____. *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. Revista da Ajuris 30, Porto Alegre, mar. 1984
- _____. *Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. Revista da Ajuris 31, Porto Alegre, jul. 1984
- _____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. José Bushatsky editor, São Paulo, 1988
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 11ª ed. Malheiros, São Paulo, 1995

- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Participação e Processo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública*. Revista Nomos, vols. XIII/XIV, n^{os} ½ 0 jan./dez. 1994/1995
-
- _____. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coord. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997
-
- _____. *Ensaio de Teoria Constitucional*. UFC, Fortaleza, 1989
-
- _____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999
-
- _____. *A Norma de Direito Fundamental*. Disponível Online Via URL: http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/Revistas_do_C CJ/Sequencia_numero29/Guerra-A_norma_de_direito_fundamental.html
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada: controle de admissibilidade*. 2^a ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998
-
- _____. *Execução Indireta*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
-
- _____. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. Malheiros, São Paulo, 1997
-
- _____. *Antecipação de Tutela no Processo Executivo*. Disponível On-Line URL: www.roadnet.com.br/pessoais/rjorge/antecipacao.html
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Consituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991

- KAFKA, Franz. *O Processo*. Trad. Modesto Carone. Companhia da Letra, São Paulo, 1998.
- LACERDA, Galeno. *Eficiência da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais*. Revista da Ajuris 59, Porto Alegre, nov. 1993
- LIMA, George Marmelstein. *Os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário: Elementos para a Concretização dos Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário*. Premium, Fortaleza, 2000
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 16^a ed. Malheiros, São Paulo, 2000
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A inafastabilidade do Controle Jurisdicional e suas Exceções- Estudo quanto à aplicação do tema à Justiça Desportiva no âmbito do futebol*. Revista de Processo, n.º31/37
- MARINONI, Luís Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3^a ed. Malheiros, São Paulo, 1999
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22^a ed. Malheiros, São Paulo, 1997
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5^a ed. Malheiros, São Paulo, 1994
- _____. *Conceito Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3^a ed. Malheiros, São Paulo, 1998
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2^a ed. Malheiros, São Paulo, 1998
- MELO FILHO, Álvaro. *Desporto Constitucionalizado*, Revista de Informação Legislativa, v. 26, n° 101, jan./mar. 1989
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário. Aspectos inexplorados*. Revista da Ajuris 61, Porto Alegre, jul. 1994
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Os pensadores, Nova Cultural, São Paulo, 1997
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5^a ed. Atlas, São Paulo, 1999
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Dialética, São Paulo, 1999

- _____. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*. Dialética, São Paulo, 1998
- NEGRÃO, TEOTHONIO. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 24ª ed. São Paulo, 1996
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípio Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 4ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997
- _____. *Princípios Constitucionais Processuais*. 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CPC Comentado*. Revista dos Tribunais, 1994
- PASSOS, J.J. Calmon *O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição*. Revista da Ajuris 35, Porto Alegre, jul. 1982
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995
- _____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed. Max Limonad. São Paulo, 1997
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. Max. Limonad. São Paulo, 1998
- PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*. Revista da Ajuris 62, Porto Alegre, nov. 1994
- _____. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1992
- _____. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro*
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999
- _____. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. Malheiros, São Paulo, 1995
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Celso Bastos Editor. Fortaleza, 1999

- SARAIVA, Paulo Lopo. *Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional*. Brasília Jurídica LTDA. Brasília, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9^a ed. Malheiros, São Paulo, 1994
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3^a ed. Malheiros, São Paulo, 1998
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *As Restrições Legais ao Direito de Recurso na Esfera Administrativa e o Princípio da Ampla Defesa*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 38, São Paulo, nov. 1998
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária*. Disponível On-Line via URL: <http://www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc4/doutnac/salvio.htm>
- _____. *Ação Rescisória: Apontamentos*. Revista da Ajuris 46, Porto Alegre, jul. 1989
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 22^a ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997
- VELLOSO, Carlos Mário. *Direito Líquido e certo: decadência, in "Cinqüenta anos de mandado de segurança"*, organizado por Sérgio Ferraz, Porto Alegre, 1986
- _____. *Conceito de Direito Líquido e Certo*. in "Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional", coordenador Paulo Lopo Saraiva, Brasília, 1992
- _____. *As Comissões Parlamentares de Inquérito e o Sigilo Fiscal das Comunicações Telefônicas*. Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 26, São Paulo, jan-mar 1999
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. Dialética, São Paulo, 1998
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. 1, 2^a ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999