

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO: UM ESTUDO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO ACERCA DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AÇÃO

GEORGE MARMELESTEIN LIMA

Advogado

“Por que, toleirões, fazer tratantadas fora da lei, se há lugar de sobra para fazê-las dentro?”

G. Dossi

Sumário: 1. O princípio da proporcionalidade - 2. Os subprincípios da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - 3. Aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil - 4. O princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais - 5. O direito fundamental à ação - 6. Limitações ao direito fundamental à ação - 6.1. Limitações decorrente de normas constitucionais - 6.2. Limitações decorrentes de normas infraconstitucionais - 6.2.1. As condições da ação como limites ao exercício do direito fundamental à ação - 6.2.2. A problemática do depósito prévio nos embargos e em outras ações (anulatória de débito fiscal, ação rescisória etc) - 6.2.3. O prazo decadencial de 120 para a propositura do mandado de segurança - 6.2.4. O prévio exaurimento da instância administrativa para a propositura do mandado de segurança e outras ações - 6.2.5 A preempção e o direito fundamental à ação - 7. Para concluir - Bibliografia

1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na atual fase de evolução do estudo do direito e, em particular, do direito processual, nada mais é possível fazer de sério e importante que não passe pela capacidade de trabalhar *adequadamente* o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, neste período em que a democracia restaurada desponta como valor supremo, o toque diferencial do operador do direito é saber manipular o princípio, saber compreendê-lo e aplicá-lo na sua dimensão jurídica, como instrumento de atuação profissional, mormente em face das investidas nem sempre legítimas do Poder Público.

Para bem entender a proporcionalidade, que entra naquela categoria de princípios que são mais fáceis de compreender do que definir¹, é preciso esclarecer que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional consagrando-a expressamente, afigura-se inarredável sua presença “descoberta” no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por ter o Brasil feito a escolha política do **Estado Democrático de Direito**, em que a proteção dos **direitos fundamentais** se desloca para o centro de gravidade da ordem jurídica².

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 origem norte-americana) afirmando que não são princípios fungíveis, embora semelhantes em alguns aspectos³.

Como sustenta a juíza federal GERMANA OLIVEIRA DE MORAES, “inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De

-
1. É a lição de PAULO BONAVIDES, invocando XAVIER PHILLIPE, *in Curso de Direito Constitucional*. p. 358.
 2. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO vai além, ao defender que “não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio de proporcionalidade de 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(mas) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional (STUMM, 1995, p. 97 s.). Af, haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (Art. 1o), com objetivos que na prática se conflitam (Art. 3o), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5o), co-implicaria a adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado à proteção daqueles direitos” (*Processo Constitucional...* p. 79/80).
 3. 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 ser usados indistintamente (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 204)

toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade”⁴.

Com base nas lições dessa jurista, vê-se que, no direito norte-americano, a razoabilidade (*substantive due process*) tem uma aceção 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)**: isto é, entre as soluções possíveis, deve-se optar pela menos gravosa; segundo a máxima clássica de JELLINEK, “não se abatem pardais disparando canhões”;

c) **proporcionalidade em sentido estrito**: levam-se em conta os interesses em jogo, 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 ser 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”⁵.

É, portanto, sob esta tríplice dimensão, que utilizaremos o princípio da proporcionalidade no presente artigo, 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”.

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

Para facilitar a compreensão do que vêm a ser os três elementos que compõem a proporcionalidade em sentido amplo, vale citar três situações hipotéticas em que eles não foram atendidos pelo legislador.

4. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. p. 132.

5. *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 208/209.

2.1. Adequação: Suponhamos que o Prefeito de Salvador, no carnaval, proíba a venda de bebidas alcoólicas para evitar a 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)⁶.

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, uma 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.

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?**

2.2. 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?**

2.3. Proporcionalidade em sentido estrito: Digamos que o Poder Público, visando a evitar a destruição de um bem público (uma estátua, por exemplo) coloque, ao redor dessa 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

6. O exemplo é do professor Luís Roberto Barroso.

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”⁷.

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”⁸.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

No campo processual, assim como em todas as demais áreas do conhecimento jurídico, o princípio da proporcionalidade tem grande valia na busca da solução justa ao caso concreto, principalmente no campo da preservação de direitos fundamentais.

Apenas para aquilatar a importância do princípio, imagine-se como se tornaria mais fácil ao magistrado, se soubesse aplicar adequadamente o princípio, vislumbrar a possibilidade de concessão ou não de medidas liminares⁹, ou mesmo na *quantificação* de um dano moral. Certamente, seu trabalho tornar-se-ia bem mais simples e objetivo.

7. *apud*. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. p. 51 Esclarecemos

8. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. p. 75.

9. Sobretudo se se tratar das chamadas liminares “satisfativas”, ou seja, que “esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação”, 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*. 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. Neste 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).

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.

Com efeito, 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 autor 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 mediante a 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” (grifamos).

Nesse caso, o juiz deverá, necessariamente, utilizar o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de exigibilidade, conhecido pelos processualistas com o nome de “princípio da menor onerosidade”. Aliás, já se decidiu, com base neste 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 3ª, 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 ao 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” - grifos nossos.

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. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

Sabe-se que os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles inserida, vivem em uma tensão permanente, limitando-se reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

De fato, as normas constitucionais de um modo geral, sobretudo as definidoras de direitos fundamentais, 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? 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 desta espécie é conseqüência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário. Esses interesses, como não poderia 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”, fórmula política por nós adotada - um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

Em conseqüência disto, vê-se, sem muita dificuldade, que, num sistema constitucional democrático, não se há de cogitar, a existência de direitos fundamentais absolutos, vale dizer, direitos que sempre prevalecem em detrimento de outros¹⁰.

10. 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

Se é fácil aceitar a tese de que os direitos fundamentais não são absolutos, considerando 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).

Afigura-se, porém, de fácil assimilação 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 outro direito fundamental.**

Nesse ponto, o princípio da proporcionalidade surge como verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público, sobretudo o legiferante. 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 fundamentais¹¹.

Dessa maneira, ao se limitar um direito fundamental, mesmo mediante uma lei infraconstitucional, essa limitação somente será legítima (e possível) se tiver por fim proteger 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 a 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 relatividade dos direitos fundamentais esvazie o seu conteúdo, isto é, atinja seu núcleo essencial. O direito fundamental, dentro do seu limite essencial de atuação, é inalterável e, por isto mesmo, seu núcleo é intangível. Daí, a necessidade de colocar, reflexivamente, a proporcionalidade como uma limitação à limitação dos direitos fundamentais.

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” (MANDADO DE SEGURANÇA 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

11. *Curso de Direito Constitucional*. p. 359.

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

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

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

Em razão de o Estado, salvo raras exceções, proibir a autotutela, 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 fundamental à ação.** Desta 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”¹².

Pode-se, com isto, dizer que, em síntese, o direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude desta 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). O direito de ação é, por assim dizer, em linhas generalíssimas, o direito de a pessoa ter *his day in Court*, na sugestiva denominação da Suprema Corte americana, embora não seja só isso.

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 (inafastabilidade do controle jurisdicional).

12. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. p. 185.

6. LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO

6.1. Limitações decorrentes de normas constitucionais

O direito fundamental à ação, como todo direito fundamental, não é absoluto, mas relativo, podendo ser limitado em certas ocasiões. Suas limitações ora se encontram expressas em normas constitucionais, ora em normas infraconstitucionais.

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”.

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, sendo que “a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final” (§ 2º).

Após o esgotamento 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).

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”¹³.

Obviamente, os dois dispositivos em análise 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,

13. 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 à 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).

seja princípio) pois todas têm igual dignidade, salvo, é óbvio, as normas elaboradas pelo legislador constituinte reformador, considerando que o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já admitiu esta possibilidade (ADI n 939), desde que sejam maculadas as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no § 4º do art. 60.

6.2. Limitações decorrentes de normas infraconstitucionais

Se é fácil concluir que essas limitações constitucionais ao direito de ação (*i.e.* à proteção judicial) não são inconstitucionais, considerando 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.

Na prática, porém, todos estes exemplos que citamos ocorrem com frequência; 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 beneficiários 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 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.

Vejamos, pois, algumas dessas limitações infraconstitucionais ao direito à ação, tentando descobrir se a limitação é proporcional ou não.

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

Considerando que a Constituição proíbe limitações desproporcionais ao direito à 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 pedido¹⁴)?

Nossa resposta será aberta: depende.

Realmente, entendemos que a exigência do preenchimento de condições para o exercício do direito de ação não é, por si só, desproporcional.

É que, se, por um lado, todos têm o direito de movimentar o Poder Judiciário, há, de outra parte, o direito, igualmente de todos, de não serem molestados (processados) impertinentemente.

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

Daí, numa concordância prática¹⁵, 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, poderá lograr êxito com a demanda. Conciliam-se, com isto, os dois direitos fundamentais em colisão.

Por outro lado, não se pode olvidar que as condições da ação possuem uma alta carga ideológica, não se configurando conceitos universais e necessários¹⁶.

14 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 incluída 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 de que a solicita, portanto, de *interesse processual*” (GUERRA, Marcelo Lima. *Estudo sobre o Processo Cautelar*. p. 70).

15 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 a preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos (FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão...*p. 98).

16 Como explica JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA: “essas condições da ação não têm uma existência eterna e imutável, ou seja, elas dependem de cada ordenamento jurídico e são

Dessa forma, ao analisar as condições da ação, o juiz não pode apegar-se a formalidades excessivas e descabidas (vedação de excesso). Deve, isto sim, avaliar, no caso concreto, até que ponto valerá a pena 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’.

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 será obrigado a dar máxima efetividade ao princípio da ação. 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”.

Portanto o que se pode concluir é que o simples fato de se condicionar a ação aos requisitos de interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido, não é, em si, inconstitucional. A inconstitucionalidade reside numa interpretação fechada desses conceitos, apegada a formalidades individualistas não mais condizentes com os escopos sociais e políticos do processo.

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

6.2.2. 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).

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 (*Teoria Geral do Processo*, p. 207).

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 ação¹⁷.

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 esta 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, livres 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”¹⁸.

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.

17 *Execução forçada*. p. 67.

18 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. p. 69.

Exemplo disto ocorre quando o executado não tem patrimônio disponível para “segurar o juízo”, ou seja, para ser penhorado. Que adiantaria exigir que esse devedor garantisse 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”¹⁹.

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”²⁰.

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?

¹⁹ *Execução Forçada*. p. 70.

²⁰ *Ob. Cit.* 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 vêm se debruçando, admite-se 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)

Vejam as 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.**” - grifamos a parte que nos interessa

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 proceder à simples conversão do depósito em renda 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 esses meios quais podemos citar 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 inúmeros outros.

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 se levar 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 irrazoável, 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.

Neste 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”²¹.

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.

21 *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).

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.

Quanto à presença ou não da proporcionalidade em sentido estrito, é preciso analisar se há 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 a atacar a coisa julgada material.

Ora, uma das principais metas da Jurisdição é exatamente dirimir conflitos em definitivo. 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) daquelo outro já atingido pela coisa julgada material, salvo nas excepcionais hipóteses, taxativamente elencadas no Código de Processo Civil (art. 485).

Desta 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 desta 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).

6.2.3. 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”²².

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; 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 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”²³.

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 se poderia impetrar o *writ*, o que geraria uma situação de insegurança jurídica. Este é o argumento de quem entende ser constitucional o mencionado 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

22 NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 71.

23 *apud* BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*, p. 65.

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 extingiria 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”²⁴.

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.

²⁴ *apud* BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*. p. 66

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 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).

6.2.4. 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 NERY 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 empós, socorrer-se ao Judiciário. Ou seja, no instante em que o direito é violado, as portas da

Justiça devem estar prontamente abertas para prestar efetivamente a tutela jurisdicional.

Por outro lado, há situações em que o não-esgotamento das vias administrativas realmente teriam o condão de impedir a propositura da ação, sem que, com isto, 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”.

Neste caso, na hipótese de o ato impugnado ser comissório e o impetrante ter 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; afinal, 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).

No caso, porém, 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”²⁵.

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”²⁶.

25 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)”.

26 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 à 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).

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”.

6.2.5 A perempção 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 competiam, 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. Esta decisão, esgotados os recursos possíveis, faz uma forma *sui generis* de coisa julgada, pois, embora sem mérito, impede a propositura de 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 como preceitos absolutos, quaisquer limitações a esses princípios somente serão possíveis se forem adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

No caso, a medida, por visar a 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 se 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.

7. Para concluir

O correto domínio do princípio da proporcionalidade certamente terá o condão de tornar a vida do operador do direito bem mais fácil, conforme se pôde verificar ao longo do presente estudo, em que foi analisada, à luz da proporcionalidade, a validade ou não de diversas situações em que há limitações ao direito fundamental à ação.

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, mediante o 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, empírico-dialética do caso concreto, buscando, com base na proporcionalidade, a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, mas *pro principium*.

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 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.

Sempre e sempre deve estar presente na atividade diária de todo profissional do direito o princípio da proporcionalidade. Afinal, de nada valem apelos doutrinários sem a devida e concreta acolhida da teoria pelos verdadeiros operadores das normas jurídicas, pois, do contrário, '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 célebre passagem de Barbosa Moreira.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. atual, Renovar, Rio de Janeiro, 1996

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998

BOGO, Luciano Alaor. *Do prazo para impetração do mandado de segurança (artigo 18 da Lei nº 1.533/51)*. Revista de Direito Processual Civil - Gênese.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998

FARIAS, Edilsom 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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973

_____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. José Bushatsky editor, São Paulo, 1973

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 11ª ed. Malheiros, São Paulo, 1995

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública*. Revista Nomos, vols. XIII/XIV, nºs 1/2 0 jan./dez. 1994/1995

_____. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.

- Coor. 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
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Forçada*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998
- _____. *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
- MARINONI, Luís Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros, São Paulo, 1999
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Dialética, São Paulo, 1999
- MOREIRA, Barbosa. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Revista da Ajuris 64, Porto Alegre
- NEGRÃO, TEOTHONIO. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 24ª ed. São Paulo, 1996
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais Processuais*. 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CPC Comentado*. Revista dos Tribunais, 1994
- PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*. Revista da Ajuris 62
- _____. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 22ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997