

**Alessandro Martins Prado**

**NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO PROCESSUAL  
COLETIVO COMUM:  
A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
DO CIDADÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO POR MEIO  
DO USO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**Centro Universitário Toledo  
Araçatuba  
2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**Alessandro Martins Prado**

**NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO PROCESSUAL  
COLETIVO COMUM:  
A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
DO CIDADÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO POR MEIO  
DO USO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito *stricto sensu*, na área de concentração de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito, a linha de pesquisa de Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos, do Centro Universitário Toledo, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Gilson Delgado Miranda.

**Centro Universitário Toledo  
Araçatuba  
2009**

P896n Prado, Alessandro Martins.  
Neoconstitucionalismo e direito processual coletivo comum: a consolidação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito por meio do uso da ação civil pública/  
Prado, Alessandro Martins. – Araçatuba:UNITOLEDO, 2009.  
203f.

Orientador: Dr. Gilson Delgado Miranda.  
Dissertação de Mestrado (Mestrado em Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito) – Centro Universitário Toledo de Araçatuba.  
Bibliografia: f.196

1. Neoconstitucionalismo. 2. Direito Processual Coletivo Comum  
3. Ação Civil Pública. I. Prado, Alessandro Martins. II. Centro  
Universitário Toledo de Araçatuba/SP.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

**Araçatuba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2009**

## **Dedicatória**

Dedico este trabalho as duas grandes mulheres de minha vida: Atamis, mãe dedicada, carinhosa, fonte inesgotável de sabedoria e ícone profissional a ser seguido e Kátia, minha noiva, igualmente dedicada, carinhosa, companheira de todos os momentos, mesmos os mais difíceis, apoiadora incondicional de todos os meus projetos profissionais, mesmo aqueles que lhe exigiram sacrifício pessoal. Ambas, meu porto seguro, revigorante, reconfortante e acalentador.

## **Agradecimentos**

Agradeço a meu orientador, Dr. Gilson Delgado Miranda, pessoa extremamente instigante, provocadora de inquietações acadêmicas, de reflexões profundas e renovadoras das energias do espírito acadêmico inquieto, atrevido, inovador, ávido por busca de soluções para os mais diversos problemas jurídicos.

Aos meus familiares, especialmente minhas irmãs Luciana e Cláudia, minha mãe e minha noiva, pela compreensão nos momentos de mau humor, angústia e afastamento necessário para a consecução deste trabalho.

Aos colegas de mestrado, todos sem exceção, e em especial à Cláudia, à Izolda, ao Nelson, ao Mário, companheiros inarredáveis de discussões e congressos, pessoas com quem passei, sem dúvida, os melhores momentos deste mestrado.

Aos amigos que de alguma forma contribuíram com este trabalho, Léo Huber, Estela, Isael, Raquel.

Aos amigos, Rafael, Rafaela, Diego, Vilson, Renato, Priscila, Marcia, Glaucia, Raquel e aos professores, Samyra, Iara, Edinilson, Erick, que provocarão imensa saudade.

“[...] a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas forma acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador (MAURO CAPPELLETTI).

## Resumo

O presente trabalho teve por objeto o estudo dos movimentos intitulados constitucionalismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo e a conseqüente influência provocada por referidos movimentos na efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a partir das mudanças filosóficas, políticas, sociais, religiosas, etc. acarretadas pelo movimento pós-positivista. As influências do neoconstitucionalismo na superação da ordem jusprivatista e implantação de uma nova ordem juspublicística, de uma sociedade pluralista, havendo a reaproximação entre ética e direito, a sobrevalorização do princípio da dignidade da pessoa humana, com o surgimento de nova hermenêutica constitucional concretizadora, nascida da busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, consequência da incansável busca pela implantação e manutenção de um Estado Social e Democrático de Direito. Abordamos o novo processo, baseado em uma ordem juspublicística, com instrumentos aperfeiçoados e voltados para a busca de maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Abordou-se ainda todos os reflexos ocorridos na criação da nova hermenêutica constitucional, ainda em construção, bem como, os reflexos ocorridos no processo coletivo comum brasileiro, por meio da implantação do microssistema processual coletivo, e as influências causadas a partir da redemocratização do país com a Constituição da República Federativa do Brasil. Por fim, houve o cuidado de se buscar compreender a razão de tanta resistência na aceitação, por aplicadores do direito, das novas técnicas hermenêuticas e processuais com a sugestão de algumas explicações relacionadas a resistência existente quanto à concepção coletiva do processual, a formação liberal individualista dos profissionais do direito, o apego a regras ortodoxas, a interpretação restritiva que vem recebendo o instituto jurídico da Ação Civil Pública, dentre outras. Abordamos ainda algumas polêmicas relacionadas ao objeto material da Ação Civil Pública, tais como: a implantação de políticas públicas; a falácia da reserva do possível, as pretensões que envolvam tributos, dentre outras.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; nova hermenêutica processual; efetivação de direitos; processo coletivo.

## Resumen

El actual trabajo tenía para el objeto que el estudio del intitled constitutionalism de los movimientos, neoconstitucionalismo y neoprocesualismo y la influencia consiguiente provocada para los movimientos relacionados en el efetivação de los derechos fundamentales en el estado democrático de la derecha, a la licencia de los cambios, de la política, del social, del religioso filosóficos, etc. causado para el movimiento después de-positivista. Las influencias del neoconstitucionalismo en la superación de la orden del jusprivatista y de la implantación de una nueva orden del juspublicística, de una sociedad del pluralista, teniendo el reaproximação entre el ética y la derecha, la supervaloración del principio de la dignidad del est humano de la persona, con el brote del hermeneutics constitucional del concretizadora nuevo, sido nato de la búsqueda para el efetivação de las derechas y de las garantías básicas, del consequência de la búsqueda untiring para la implantación y del mantenimiento de un estado social y democrático de la derecha. Acercamos al nuevo proceso, establecido en una orden del juspublicística, con los instrumentos perfeccionados y dirigidos hacia la búsqueda de una eficacia más grande de las derechas y de las garantías básicas del ciudadano. Uno todavía acercó a todas las consecuencias ocurrió en la creación del hermeneutics constitucional nuevo, aún en la construcción, así como, las consecuencias ocurrió en el brasilena o común del proceso colectivo, por medio de la implantación de colectivo procesal del microssistema, y de las influencias causadas del redemocratização del país con la constitución de la república federativa del Brasil. Finalmente, tenía el cuidado de si buscó para entender la razón de tanta resistencia en la aceptación, para los aplicadores de la derecha, las nuevas técnicas hermeneutic y procesales con la sugerencia de algunas explicaciones relacionadas la resistencia existente cuánto al concepto colectivo de el procesal, la formación liberal individualista de los profesionales de la derecha, el accesorio las reglas ortodoxas, la interpretación restrictiva que viene recibiendo al instituto legal de la acción civil pública, entre otro. Todavía acercamos a algunas controversias relacionadas con el objeto material de la acción civil pública, por ejemplo: la implantación de la política pública; el error de la reserva de la posible, los pretensions que implican tributos, entre otra.

Palabra-llave: neoconstitucionalismo; hermeneutics procesal nuevo; efetivação de las derechas; proceso colectivo.

## Lista de quadros

|   |     |
|---|-----|
| Quadro 1 – O Neoconstitucionalismo de Sanchís contra o Constitucionalismo Positivista de García Amado                           | 43  |
| Quadro 2 - Características que diferenciam o movimento constitucionalista do neoconstitucionalista                              | 44  |
| Quadro 3 - Sucinta comparação entre os modelos Positivista Exclusivo e Positivista Inclusivo                                    | 71  |
| Quadro 4 - Sucinta comparação entre os modelos neoconstitucionalista teórico e neoconstitucionalista total                      | 74  |
| Quadro 5 - Evolução da relação entre direito e moral na hermenêutica constitucional   | 75  |
| Quadro 6 - Modelos de Constituição: axiológico como ordem, descritivo como ordem, descritivo como norma e axiológico como norma | 84  |
| Quadro 7 – Fatores primordiais para o nascimento da nova hermenêutica jurídica  | 100 |
| Quadro 8 - Possíveis causas para a tímida atuação dos demais legitimados ativos na utilização da ação civil pública             | 161 |
| Quadro 9 - Teoria ampliativa: principais diretrizes   | 165 |
| Quadro 10 – Quadro comparativo dos direitos transindividuais  | 179 |
| Quadro 11 - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana X A Teoria da Reserva do Possível   | 188 |

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| <b>I – Direitos humanos, constitucionalismo e neoconstitucionalismo como fundamentos ideológicos para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito</b>        | 14 |
| 1. A evolução dos direitos humanos marcada pelo início do desenvolvimento do constitucionalismo  | 16 |
| 1.1.1 <i>Magna Charta Libertatum</i>   | 17 |
| 1.1.2 A Reforma Protestante  | 18 |
| 1.1.3 Declarações de direitos Inglesas do Século XVII  | 20 |
| 1.1.4 Declaração de Direitos do Povo de Virgínia de 1776   | 21 |
| 1.1.5 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789  | 24 |
| 1.1.6 A Constituição mexicana de 1917  | 24 |
| 1.1.7 A Constituição alemã de 1919   | 24 |
| 1.1.8 A Segunda Grande Guerra Mundial  | 26 |
| 1.1.9 Universalização dos direitos humanos   | 28 |
| 1.2 O Constitucionalismo   | 28 |
| 1.2.1 Separação dos Poderes e Liberdade  | 29 |
| 1.2.2 Características do constitucionalismo  | 31 |
| 1.2.3 Modelos de compreensão do constitucionalismo   | 34 |
| 1.3 Neoconstitucionalismo: reaproximação entre direito e valores morais  | 37 |
| 1.3.1 Evolução do neoconstitucionalismo  | 38 |
| 1.3.2 O reconhecimento do constitucionalismo moderno provocando a constitucionalização do direito  | 45 |
| 1.3.5 Da Inexistência da ofensa ao princípio da separação dos poderes  | 50 |
| <b>II A importância do pós-positivismo jurídico na efetivação dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, em especial por meio do direito processual coletivo comum.</b> | 57 |
| 2.1 A superação da ordem jusprivatista para a órbita juspublicística   | 57 |
| 2.2 A ascensão dos direitos e garantias fundamentais e de seus princípios no pós-guerra  | 59 |
| 2.3 Efetivando os direitos fundamentais  | 63 |
| 2.4 A gradual evolução da hermenêutica constitucional demonstrada por meio dos modelos: Positivista Exclusivo, Positivista Inclusivo, Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total    | 64 |
| 2.4.1 Modelos: Positivista Exclusivo e Positivista Inclusivo   | 69 |
| 2.4.1.1 Sucinta comparação entre os modelos Positivista Exclusivo e Positivista Inclusivo  | 70 |
| 2.4.2 Modelos: Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total   | 71 |
| 2.4.2.1 Sucinta comparação entre os modelos: Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total   | 73 |
| 2.4.3 Destaques para a evolução hermenêutica ocorrida entre os modelos Positivista Exclusivo, Positivista Inclusivo, Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total                     | 75 |
| 2.5 Alguns modelos de interpretação da constituição apontados por Paolo Comanducci   | 76 |
| 2.6 A interpretação constitucional tradicional e a nova interpretação constitucional na efetivação dos direitos fundamentais no novo processo constitucionalizado                                    | 85 |
| 2.6.1 Elementos da interpretação constitucional tradicional  | 89 |
| 2.6.2 Alguns princípios instrumentais necessários para a consecução da interpretação   |    |

|  |            |
|--|------------|
| constitucional   | 92         |
| 2.6.2.1 Princípio da supremacia da Constituição  | 93         |
| 2.6.2.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos   | 95         |
| 2.6.2.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição   | 95         |
| 2.6.2.4 Princípio da unidade da Constituição   | 96         |
| 2.6.2.5 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade   | 97         |
| 2.6.2.6 Princípio da efetividade   | 99         |
| 2.6.3 A nova interpretação constitucional na efetivação dos direitos fundamentais no novo processo constitucionalizado   | 99         |
| 2.6.4 Ponderação   | 108        |
| 2.6.5 Argumentação jurídica  | 112        |
| <b>III – Neoprocessualismo, direito processual coletivo comum e ação civil pública como forma de tutela dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito</b> | <b>115</b> |
| 3.1 Neoprocessualismo advindo do neoconstitucionalismo   | 116        |
| 3.1.1 Alicerces teóricos do movimento neoprocessualista  | 119        |
| 3.2 O aperfeiçoamento da representatividade política do cidadão por meio da juridicização da política como forma de efetividade dos direitos fundamentais              | 128        |
| 3.2.1 Sistema de Justiça   | 131        |
| 3.3 Do microssistema processual de direito coletivo brasileiro   | 139        |
| 3.3.1 Do microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum  | 142        |
| 3.3.2 Natureza jurídica do direito processual coletivo comum   | 146        |
| 3.3.3 Princípios processuais do direito processual coletivo comum  | 147        |
| 3.3.4 Regras interpretativas do direito processual comum   | 156        |
| 3.3.5 Barreiras apresentadas à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum  | 157        |
| 3.4 Da Ação Civil Pública  | 167        |
| 3.4.1 Natureza jurídica da Ação Civil Pública  | 170        |
| 3.5 A conceituação tripartite dos interesses e direitos massificados   | 177        |
| 3.6 Algumas polêmicas relacionadas ao objeto material da Ação Civil Pública  | 180        |
| Considerações Finais   | 191        |
| Referências Bibliográficas   | 196        |

## Introdução

O presente trabalho teve por objeto o estudo da concretização dos direitos fundamentais por meio do constitucionalismo, bem como seus desdobramentos, principalmente relacionados ao neoconstitucionalismo, à nova hermenêutica constitucional e ao processo coletivo comum brasileiro, sempre tendo o cuidado de analisar as influências desencadeadas por referidos movimentos em todas as esferas do Direito.

Procurou-se estudar as causas para a falta de efetividade e concretização das normas fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como possíveis soluções para enfrentar referido problema, principalmente quanto à concretização de direitos transindividuais.

Neste sentido, apontamos como problema a ser enfrentado na presente dissertação: o que provoca a falta de efetividade dos direitos fundamentais no âmbito, principalmente, dos direitos coletivos indisponíveis?

Outrossim, como hipóteses a serem superadas, podemos enumerar:

a) estaria a falta de efetividade das normas fundamentais, principalmente no âmbito coletivo, relacionada à incapacidade do aplicador da lei de adaptar às mudanças advindas do neoconstitucionalismo?

b) o Poder Judiciário estaria transpondo irregularmente suas funções ao intervir nos demais poderes?

c) estaria havendo falta de interesse ou compromisso dos interessados, e principalmente, dos legitimados para ações coletivas em provocar o Poder Judiciário para se manifestar a respeito da efetivação de direitos fundamentais ainda não assegurados de forma concreta?

Neste diapasão, foi realizado um estudo, no primeiro capítulo, no qual se teve o cuidado de analisar os movimentos intitulados constitucionalismo e neoconstitucionalismo, tendo como corte epistemológico a *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra. Foram analisados os principais acontecimentos históricos para a consolidação do constitucionalismo a partir de então, como as Revoluções Gloriosa, Americana e Francesa, as Cartas constitucionais de 1917, no México e de 1919, na Alemanha, os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Foi tomado o cuidado ainda de demonstrar as influências provocadas no universo jurídico por meio de referidos fatos históricos, principalmente quanto ao positivismo jurídico e o afastamento entre o direito e os valores morais, ocorridos na ordem jusprivatista implantada em razão das influências iluministas que levaram às revoluções citadas.

Ainda no primeiro capítulo, procurou-se demonstrar a superação da ordem jusprivatista implantada pelas ideias iluministas que levaram aos movimentos liberais e acabaram por desencadear o positivismo jurídico débil, afastando a ciência jurídica dos valores morais, que só viria a ser superado após os acontecimentos horrendos da Segunda Guerra Mundial, quando houve finalmente a superação da ordem jusprivatista. Referida superação se apresentou calcada na valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, provocando a implantação de uma nova ordem juspublicística, pluralista, fundamentada em valores morais, havendo a reaproximação entre ética e direito na Europa com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a reaproximação entre valores morais e ciência jurídica no Brasil com a redemocratização implantada por meio da Constituição de 1988.

No segundo capítulo, nos preocupamos em demonstrar os reflexos causados pela robusta mudança de paradigmas religiosos, filosóficos, políticos, sociológicos etc. do movimento intitulado neoconstitucionalismo, com a conseqüente constitucionalização de todos os ramos do direito, passando a norma constitucional a apresentar característica vinculante e irradiante, o que influenciou a interpretação jurídica, provocando o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional considerada concretizadora dos direitos fundamentais. Demonstramos como ocorreu essa evolução hermenêutica, passando do modelo intitulado positivista exclusivo para o positivista inclusivo, este último que precedeu o neoconstitucionalismo. Estudamos ainda os modelos de neoconstitucionalismo, divididos em Teórico e Total. Não obstante, houve a preocupação ainda de demonstrar que as clássicas formas de interpretação [gramatical, histórica, sistemática e teleológica] não foram abandonadas, na medida em que ainda subsistem, porém, houve a necessidade de se desenvolver novas técnicas de interpretação relacionadas principalmente com o choque entre princípios e o choque entre normas fundamentais, surgindo assim as técnicas baseadas na ponderação e argumentação.

Estudamos também no segundo capítulo os desdobramentos da nova hermenêutica constitucional quanto ao reconhecimento do Poder Judiciário como o “Terceiro Gigante”, o que provocou o fenômeno intitulado de ativismo jurisdicional, no qual o Poder Judiciário é elevado e reconhecido como efetivo terceiro poder, não se limitando mais a ser

apenas a “boca da lei” intitulada por Montesquieu em sua visão iluminista da separação dos poderes.

Por fim, no terceiro capítulo, nossas preocupações voltaram-se para o estudo dos mecanismos relacionados ao ativismo jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais, por meio do movimento intitulado de neoprocessualismo, o direito fundamental à ordem jurídica justa ou direito fundamental ao processo justo, levando-se em consideração as preocupações relacionadas ao acesso à justiça, bem como a adaptação do processo individual de origem jusprivatista para um modelo coletivo, calcado em uma ordem juspublicística. Abordamos o aperfeiçoamento da representatividade política do cidadão por meio da juridicização da política, o surgimento e aperfeiçoamento do microssistema processual coletivo brasileiro, sua natureza jurídica, seus princípios, as regras interpretativas apropriadas pra referido modelo processual e o uso da Ação Civil Pública. Dedicamos especial atenção ainda para as dificuldades encontradas pelos aplicadores do direito em se adaptar na aplicação e interpretação do modelo processual coletivo comum, em razão de estar fundado em uma ordem juspublicística e não mais jusprivatista. Neste sentido, foi possível apontar a existência de resistência infundada do aplicador do direito que insiste em enxergar o “velho no novo”.

O trabalho se fundamentou no referencial teórico da lavra de autores internacionais como Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho, Andreas J. Krell, Friedrich Müller, Mauro Cappelletti, Miguel Carbonell, Paolo Comanducci, Léon Duguit, Peter Haberle, Korand Hesse, dentre outros, e ainda, dentre os autores nacionais: Gregório de Assagra Almeida, Luís Roberto Barroso, Walber de Moura Agra, Paulo Bonavides, Cândido Rangel Dinamarco, Eros Roberto Grau, Willis Santiago Guerra Filho, Luiz Guilherme Marinoni, Antonio Nedel, José Renato Nalini, Nelson Nery Junior, Lenio Luiz Streck, dentre outros.

# **I – DIREITOS HUMANOS, CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o neoconstitucionalismo. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é pontencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual (GREGÓRIO DE ASSAGRA ALMEIDA).

## **1. A evolução dos direitos humanos marcada pelo início do desenvolvimento do constitucionalismo**

Para melhor compreendermos a importância e eficiência da tutela no Estado Democrático de Direito, por meio do uso do processo coletivo comum, instrumentalizado, principalmente com o uso da Ação Civil Pública, é importante estudarmos a evolução dos direitos humanos e o surgimento do movimento constitucionalista, tendo como corte epistemológico a evolução ocorrida a partir da Magna Carta, na Inglaterra de João Sem Terra. Isto porque, quando falamos em constitucionalismo, devemos pensar no movimento de assunção da norma constitucional vinculando todas as demais normas, o povo e até mesmo o Estado, representado por suas três esferas de poder.

Neste diapasão, ensina Canotilho (2003, p.51) que o constitucionalismo é a teoria que apresenta o princípio do governo limitado, característica esta indispensável para a formatação político-social de uma comunidade sob o regime democrático.

Esse mecanismo envolve a reação do povo à opressão de seu governante. Dessa forma, podemos relacionar a valorização dos direitos fundamentais, presente nas cartas constitucionais, inevitavelmente, com momentos de rupturas de ideologias e acontecimentos trágicos da humanidade que causaram comoção social, econômica, política e cultural.

Quanto a essa questão de rupturas ideológicas provocadas pela opressão do Estado, acompanhadas de evolução dos direitos humanos, Comparato (2008, p. 38)<sup>1</sup> leciona que a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, diante da infâmia e do remorso causado pelos seus horrendos atos [torturas, mutilações, massacres coletivos], que por sua vez, “[...] fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos [...]”.

Essas necessárias rupturas vão construindo, progressivamente, uma nova mentalidade nos planos filosófico, político e jurídico, senão vejamos:

Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2003, p.52).

Esclarece ainda o renomado jurista português que podemos observar a existência de dois momentos, um momento de ruptura e um momento construtivista. Quanto ao momento de ruptura, cumpre registrar que se tratou da quebra da ordem histórico-natural das coisas, ou seja, a ruptura dos privilégios do regime político vigente naquele período. Quanto ao momento construtivista, também de grande importância para nossa discussão, tratou-se do surgimento de uma constituição feita por um novo poder, o poder constituinte (CANOTILHO, 2002, p.53).

Por fim, conclui Canotilho (2002, p.53), que todo esse processo de transição, entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno, vai, pouco a pouco, apresentando perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional. Dessa forma, é difícil compreender a ideia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neo-aristotélica centrada na noção do bem comum. A progressiva aceitação de “pactos de domínio” entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política por meio da crença religiosa do calvinismo, numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo que vem a se tornar a ideia moderna da República.

---

<sup>1</sup> Ainda quanto a essa questão de rupturas de comportamento provocada por horrores, Fábio Konder Comparato, em sua obra: **A afirmação histórica dos direitos humanos** faz interessante remissão à tragédia ocorrida na Guerra de Tróia, onde Agamenon, comandante da frota grega sacrifica sua filha Ifigênia, conseguindo, por meio da dor deste ato, de alguma forma, purificar a alma de suas paixões destruidoras (COMPARATO, 2008, p.37).

Apresentaremos, dessa forma, sem pretensão de esgotar o assunto, alguns fatos históricos que foram decisivos para o surgimento e desenvolvimento do constitucionalismo.

### 1.1.1 *Magna Charta Libertatum*<sup>2</sup>

Segundo Sarlet (2007, p. 47), o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Neste sentido, destaca-se a Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, onde encontramos o principal documento, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, firmada pelo Rei João Sem - Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Neste diapasão, “[...] a Magna Carta deixou implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita [...]” (COMPARATO, 2008, p.79-80).

Por outro lado, Canotilho (2003, p. 55) esclarece que a *Magna Charta* pode ser sintetizada em três grandes tópicos, de elevada importância para nossos estudos, senão vejamos:

(1) Garantia de direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do “*binómio subctivo*” *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de uma estamento; (3) regulamentação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio (*Herrschaftsvertrage*) do tipo da Magna Charta.

O referido documento representou o início da positivação de direitos fundamentais como o direito à liberdade e à propriedade. Foi o nascimento da afirmação de direitos fundamentais em Cartas.

Corroborando, é importante destacar que “[...] A importância da Magna Carta, no contexto dos direitos para o constitucionalismo, é irrefutável, sendo, ainda, em muitas passagens, aplicável até hoje” (TAVARES, 2009, p.454).

---

<sup>2</sup> Em sua obra: **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.71. Fábio Konder Comparato esclarece que o vocábulo, oriundo da língua grega, era grafado no latim clássico com ch, mas foi usado, durante toda a Idade Média, sem h.

O valor da *Magna Charta Libertatum*, como podemos ver, é realmente indiscutível, na medida em que se traduziu na primeira limitação do governante que se perpetuou até os dias de hoje.

### 1.1.2 A Reforma Protestante

Os acontecimentos ocorridos no período denominado de Reforma Protestante, arrastando praticamente toda a Europa em uma guerra religiosa entre protestantes e católicos, é relevante por registrar o início do reconhecimento da liberdade ao culto religioso.

Registra Sarlet (2007, p.48) que de suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, sendo importante citar neste contexto a Guerra dos Trinta Anos, finda por meio do tratado de *Vestfália*, ou *Westfália*, ou Vestefália em 1648<sup>3</sup>.

Quanto à Paz de Vestefália, vale registrar:

Deve-se notar que Hugo Grotius esteve pessoalmente, nas longas negociações que resultariam na sacramentalização do nascimento do Estado moderno. Como Embaixador do Rei da Suécia, participou de algumas fases das negociações havidas no curso do Congresso de Vestfália, que colocaria fim à Guerra dos Trinta Anos, entre soberanos católicos e soberanos protestantes, ao final do qual, em 1648, foram assinados dois tratados, em grande parte redigidos em francês (e não mais em latim, a língua até então adotada nos grandes atos solenes firmados entre monarcas): um na cidade de Munster (entre os príncipes católicos), e outro na cidade de Osnabruck (entre os príncipes protestantes). **A denominação Paz de Vestefália consagraria a regra que passaria a ser conhecida em sua formulação no detestável latim cartorário da época: *hujus régio, ejus religio*, traduzido, literalmente, “na região dele, a religião dele”.** Na verdade, a regra de Vestfália nada mais quer significar do que: na região (leia-se território) sob império de um príncipe, seja vigente unicamente uma ordem jurídica, sua ordem jurídica (claro está, subentendendo-se que *religio*, segundo as discussões da época, quereria significar muito mais a imposição de um ordenamento leigo e altamente operante, e menos uma visão religiosa das maneiras de alguém salvar a própria alma!) Na verdade, trata-se da definitiva consagração do princípio que passaria a dominar toda a concepção moderna sobre eficácia (existência e aplicabilidade) das normas dos sistemas jurídicos nacionais: territorialidade do direito. (SOARES, 2004, p. 29, grifos nossos).

<sup>3</sup> Ficou conhecido como Tratado de Vestefália, já que o acordo foi firmado no Congresso de Vestefália, sendo que Guido Fernando Silva Soares (2004, p.29) utiliza a grafia Vestfália; Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.49) utiliza a grafia Westfália; Hidélbrando Accioly (2002, p.10) prefere a grafia Vestefália.

A Reforma Protestante, neste diapasão, representou a construção e o registro, de forma incontestável, do direito à liberdade religiosa, conseguindo ainda, mediante o Tratado de Vestefália, pôr fim a 30 anos de sangrenta guerra religiosa, o que seria considerado mais tarde o nascimento do princípio da territorialidade.

### 1.1.3 Declarações de direitos Inglesas do Século XVII

A inabalável importância das declarações inglesas para os direitos humanos e para a tutela democrática do Estado de Direito está vinculada à tradição inglesa de possuir leis que preveem um direito, sempre acompanhado de uma ação correspondente para defender referido direito em juízo.

Corroborando, ensina Comparato (2008, p. 88):

O *habeas-corpus* já existia na Inglaterra, havia vários séculos (mesmo antes da Magna Carta), como mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária. Mas a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais. **A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar”, veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocado *remedies precebe rights*, isto é, são garantias processuais que criam os direitos e não o contrário [...]** (Grifo nosso).

Assim como o *habeas corpus* foi fortalecido pela Lei de 1679, que aperfeiçoou as formas processuais de garantir o direito à liberdade, podemos adiantar que acreditamos que a Ação Civil Pública, principalmente, com a Constituição Federal de 1988, bem como, outros momentos históricos de elevada importância para nosso país, pode ser classificada como um excelente e inabalável meio processual de proteger o Estado Democrático de Direito. Neste contexto é que não poderíamos deixar de expor neste trabalho os avanços conquistados por referidas declarações.

Quanto à importância histórica do *Bill of Rights* de 1689, Comparato (2008, p.93) leciona:

Promulgada exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento [...].

Neste contexto, a declaração de direito de 1689, além de conseguir pôr fim a uma monarquia absolutista, conseguiu transferir, de forma efetiva, a legitimidade para criação de leis para o Parlamento.

Por sua vez, corrobora Sarlet (2007, p. 49) que as declarações inglesas do século XVII: a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *habeas corpus*, de 1679, firmado por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgadas pelo Parlamento, entrando em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da Revolução Gloriosa, de 1688, representaram a positivação de direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses, tais como o direito de petição, a proibição de prisões arbitrárias, o princípio da legalidade penal, e, até mesmo, um mitigado direito à liberdade de expressão, representando a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público.

Noutro giro, Canotilho (2003, p. 55) assim se pronunciou:

A evolução destes momentos constitucionais, desde a *Magna Charta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39º da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as leis do país (*Laws of de land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado direito comum (*common law*) de todos os ingleses.

Outrossim, se a *Magna Charta* representou o início da positivação dos direitos fundamentais, os documentos, *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *habeas corpus*, de 1679, firmado por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, representaram o fortalecimento da legitimidade de referidos direitos, bem como, a transferência da competência de legislar do monarca para o Parlamento, o que foi algo extraordinário naquele contexto histórico.

Além destas conquistas, as declarações inglesas conseguiram forjar o princípio da separação dos poderes, como faz questão de destacar Comparato (2008, p.96) ao asseverar que o aspecto mais importante referente às cartas inglesas consistiu exatamente no fato de estabelecer o princípio da separação dos poderes, além de eleger o Parlamento como órgão encarregado de defender os súditos perante o Rei. Assevera ainda referido autor “[...]”

Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas [...]” (2008, p.96).

Como veremos mais tarde, o princípio da separação dos poderes, eficaz instrumento de limitação do poder, foi fundamental para a construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo como uma de suas origens os documentos referentes às declarações de direitos inglesas.

#### **1.1.4 Declaração de Direitos do Povo de Virgínia de 1776**

A Declaração de Direitos do Povo de Virgínia de 1776 é considerada um dos documentos mais importantes relacionados ao reconhecimento dos direitos fundamentais por representar a positivação desses direitos, vinculando governo e governado de forma efetiva.

Sarlet (2007, p. 50) leciona que as declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e as liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecido eficácia, inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.

Quanto à importância do que denominou de “modelo americano”, Canotilho (2003, p.59) asseverou que é o nuclear princípio do governo limitado, diante de uma edição de “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundadores da comunidade política e dos direitos particulares, revelados em uma lei fundamental escrita que possui o condão de anular a possibilidade da existência de uma tirania da maioria [*possible tyranny of the majority*].

Leciona ainda Canotilho:

Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelo juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre legislador e o

povo ninguém na terra é juiz) O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: quis erit inter eos iudex? **Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juízes” entre o povo e o legislador** (2003, p. 60, grifo nosso).

Dessa forma, a importância da declaração americana se constitui na vinculação efetiva dos poderes do Estado [legislativo, executivo e judiciário], elevando ao Poder Judiciário o papel de guardião dos direitos fundamentais, modelo que, mais tarde, é abraçado pelo neoconstitucionalismo.

Além disso, Comparato (2008, p. 107) faz questão de destacar: “[...] é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social [...]”.

Logo, apesar de ser mais conhecida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que veremos a seguir, a Declaração Americana (Declaração do Povo de Virginia de 1776), promulgada mais de dez anos antes, já destacava o direito à igualdade e teve, ainda, o inegável mérito de estabelecer o poder judiciário como o guardião da Constituição.

Desta forma, se as declarações inglesas elencaram o Parlamento como guardião dos direitos dos súditos, como vimos no tópico anterior, a declaração americana elencou ao poder judiciário referida função, ao determinar que este será o guardião da Constituição.

### **1.1.5. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>4</sup>**

Até aqui já foi possível observar que foi de suma importância o constitucionalismo americano para o desenvolvimento de nosso trabalho, a exemplo do constitucionalismo alemão, como veremos a frente.

Não obstante, não poderíamos deixar de falar da declaração francesa, ainda que brevemente.

Comparato (2008, p. 136) leciona:

---

<sup>4</sup> Fábio Konder Comparato apresenta importante reflexão quanto ao uso, na Declaração Francesa das palavras “homem” e “cidadão”, senão vejamos: “Muito se discutiu a razão da dupla menção, ao homem e ao cidadão, no título da Declaração. A explicação mais razoável parece ser a de que os homens de 1789, como ficou dito acima, não se dirigiam apenas ao povo Francês, mas a todo os povos, e concebiam portanto o documento em sua dupla dimensão, nacional e universal [...]” (COMPARATO, 2008, p. 151)

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário [...].

O grande mérito da Revolução Francesa, como foi possível observar nos ensinamentos de Comparato (2008), supracitado, foi a força com que conseguiu divulgar o princípio da igualdade em todo mundo. Não obstante, se referida revolução conseguiu divulgar mencionada ideia com maestria, fracassou, quase que completamente, quanto à divulgação e ao estabelecimento do princípio da liberdade:

Em pouco tempo, aliás, percebeu-se que o espírito da Revolução Francesa era, muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos. Daí por que, ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, a idéia de separação dos Poderes, malgrado a afirmação peremptória do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>5</sup>, foi rapidamente esquecida. É que a supressão dos privilégios, na lei e nos costumes, exigia a organização de uma forte centralização de poderes, sem rígidas separações entre os diferentes ramos do Estado e sem qualquer concessão de autonomia federativa aos entes locais. Dessa centralização sem limites à reinstalação do Poder absoluto, no regime do Terror, foi só um passo (COMPARATO, 2008, p.236-137).

Dessa forma, se a Declaração Americana teve o mérito de implantar e fortalecer o princípio da separação dos poderes, a Declaração Francesa teve, por sua vez, o mérito de divulgar o princípio da igualdade em todo mundo, de modo que ambas as declarações possuem seus méritos e falhas.

A Declaração Francesa conseguiu realmente implantar o princípio da igualdade com eficiência na França e em toda Europa, tendo como revés o fato de não conseguir estender o princípio da igualdade para mulheres e descuidar do princípio da separação dos poderes, em razão da necessidade política de estabelecer rapidamente a igualdade na França. Por outro lado, a Declaração Americana não conseguiu estabelecer o princípio da liberdade, na medida em que, não se aboliu a escravatura, fato aliás, que levaria os Estados Unidos para uma grande guerra civil um século mais tarde, de modo que não se pode dizer que a Declaração Francesa tenha mérito menor que a Declaração Americana (COMPARATO, 2008, p.139 - 140).

---

<sup>5</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 16 – Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” (<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm> - acessado em 02/11/2009).

Corroborando neste sentido, Antonio Enrique Perez Luño (1995, p.36) observa que, igualmente de transcendental importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França. Tanto a Declaração Francesa quanto as Americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.

Reforçando, Sarlet (2007, p. 51) leciona que:

A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra.

Quanto à importância histórica da Declaração Francesa, Comparato (2008, p. 151) acrescenta ainda:

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, **daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos** (Grifo nosso).

Como foi possível observar na lição supracitada, embora não tenha conseguido estabelecer na França, por questões políticas, o princípio da separação dos poderes, a Declaração Francesa, em razão de suas “fórmulas lapidares” seria objeto de referência para qualquer projeto de constitucionalização futura.

Logo, é possível verificar que os direitos fundamentais surgiram e foram reconhecidos em um longo e lento processo de reação à opressão, aos abusos, aos horrores e, infelizmente, ao derramamento de sangue.

Neste diapasão, ensina J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 52), que o constitucionalismo moderno refere-se ao movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, passou a questionar os planos políticos, filosóficos e jurídicos, além dos esquemas tradicionais do domínio político, apresentando uma nova forma de ordenação do poder político.

### **1.1.6. A Constituição Mexicana de 1917**

A grande importância histórica da Carta Política mexicana de 1917 foi o fato de ser a primeira Carta a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. O que provoca mais entusiasmo ainda é o fato de que, na Europa, a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, e, nos Estados Unidos, até hoje, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada (COMPARATO, 2008, p.178).

O mesmo autor apresenta outra observação interessante e digna de nota:

A transformação desse ideário em normas constitucionais, no entanto, produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado. Pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que os que o texto constitucional norte-americano atribui ao Presidente da República. O ideal anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição a multiplicidade de caudilhos locais (COMPARATO, 2008, p.178).

O que chama a atenção no trecho acima é o fato de a Constituição Mexicana, de 1917, conseguir elevar a direitos fundamentais os direitos individuais e trabalhistas, mas, não obstante, não conseguir manter um sistema político pluripartidário, provocando o paradoxo de implantar um sistema político monocrático.

É curiosa a observação já que, como já mencionado, a Declaração Americana conseguiu estabelecer o princípio da separação dos poderes, mas ficou longe de estabelecer o princípio da igualdade, enquanto a Declaração Francesa estabeleceu o princípio da igualdade, mas não conseguiu firmar o princípio da separação dos poderes, apesar de estar expresso em seu texto.

### **1.1.7. A Constituição Alemã de 1919**

Comparato (2008, p.189) leciona que a Constituição Alemã de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, foi a instituidora da primeira república alemã,

sendo votada na cidade Saxônica de Weimar e promulgada imediatamente após a grande guerra de 1914-1918.

Assevera ainda o referido autor, a importância histórica do referido documento:

Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial (COMPARATO, 2008, p.192-193).

Dessa forma, fica evidente que a Constituição de Weimar possui elevada importância histórica na evolução dos direitos humanos, tanto é que foi adotada após os horrores nazistas e fascistas e a Segunda Guerra Mundial, como modelo para a constitucionalização de várias nações.

Por sua vez, Dimoulis e Martins (2008, p. 33-34) apontam interessante observação quanto à forma como foi organizada a Constituição alemã, sendo dividida em cinco grandes títulos:

O extenso rol dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar (“Direitos e deveres fundamentais dos Alemães”, “religião e sociedades religiosas”, “educação e formação escolar”, “ordem econômica”) e se explica nesse contexto. Os dois primeiros títulos citados fixavam as garantias liberais clássica. Os dois últimos introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, cujo objetivo era garantir a liberdade individual mediante ações (prestações) do Estado. Mas esses direitos eram entendidos na época pelos tribunais como meros programas e objetivos políticos, praticamente destituídos de juridicidade.

Referida observação é relevante, já que demonstra o extenso rol de direitos previstos na Constituição alemã, porém, os mesmos apontamentos demonstram que referida Constituição nasceu com o entendimento de ser apenas normas programáticas.

É possível observar até aqui uma longa construção dos direitos fundamentais, sempre acompanhados por rupturas, muitas delas com alto preço humano. Mas, se os direitos fundamentais surgiram de rupturas históricas que tiveram seu preço humano, o neoconstitucionalismo também surgiu de momentos históricos relevantes e, infelizmente, não menos sangrentos como veremos no próximo item.

### 1.1.8. A Segunda Grande Guerra Mundial

Pérez Luño (1999, 120 - 121) ensina que embora a Constituição mexicana (1917) tenha sido precursora na conciliação das liberdades individuais junto aos direitos sociais, é a Constituição de Weimar (1919) que realmente apresenta de forma consistente o novel da situação jurídico-social dos direitos fundamentais. Não obstante, assevera ainda o referido autor que a positivação dessa aspiração conciliadora e protetiva, não somente das liberdades individuais e sociais não foi suficiente para impedir forçadas interpretações de ditaduras totalitárias.

Neste sentido, acrescenta Péres Luño (1999, p.122) que, ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, foi possível observar grande renovação constitucional em razão das novas exigências políticas e sociais, estigmatizada, segundo se constata na quase integralidade das Cartas, por uma reafirmação da fé na legalidade democrática e nos direitos fundamentais, com preeminência dos direitos sociais.

Corroborando Bonavides (2008, p. 574) acrescenta:

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos. Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda congrega ao redor de um consenso universal.

Por sua vez, Comparato (2008, p. 226) leciona:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, cuja revelação só começou a ser feita – e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e a vários abusos cometidos pelas potências ocidentais – após o encerramento das hostilidades [...] Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

Chama a atenção o fato de que a humanidade realmente necessita de rupturas, com altos preços em vidas humanas, para conseguir reconhecer direitos universais. O que a Revolução Francesa tentou fazer em 1879, ou seja, universalizar alguns valores humanitários, só foi possível fazer muitos anos depois, após os horrores da Segunda Guerra Mundial.

Dessa forma, podemos registrar que os acontecimentos horrendos da Segunda Guerra Mundial foram fundamentais para legitimar a renovação das cartas constitucionais, com a conseqüente sobrevalorização dos direitos fundamentais e sociais, verdadeira pilastra sustentadora da legalidade democrática.

Apesar dos grandes avanços da Declaração surgida após a Segunda Guerra Mundial, chama atenção ainda a lição de Comparato (2008, p. 255) quanto às etapas engendradas pela Comissão de Direitos Humanos de 1946, senão vejamos:

Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas. Na primeira, incumbir-lhe-ia elaborar uma declaração de direitos humanos [...] Em seguida, dever-se-ia produzir, no dizer de um dos delegados presentes àquela reunião, “um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração”, documento esse que haveria de ser, obviamente, um tratado ou convenção internacional. Finalmente, ainda nas palavras do mesmo delegado, seria preciso criar “uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação.

É curioso destacar, ainda, quanto aos ensinamentos de Comparato (2008, p. 225-226) que a primeira etapa teria sido cumprida em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro do mesmo ano. A segunda etapa seria cumprida somente em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, não obstante, a terceira etapa, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal observância desses direitos, ainda não foi completada, apesar da imensurável importância de criação de referido mecanismo.

A nosso ver, referido mecanismo deverá ser criado o quanto antes, esperamos que não seja necessário outra ruptura política sangrenta para que seja possível engendrar tal façanha. Não obstante, enquanto o mencionado mecanismo não é criado, pelo menos o que se observa é uma enorme evolução dos direitos humanos após os horrores da Segunda Guerra Mundial, reaproximando o direito dos valores morais, o que será objeto de nosso próximo tópico.

### **1.1.9 Universalização dos direitos humanos**

Piosevan (2009) leciona que a Declaração de 1948 inovou a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos que possui como principais características a universalidade e a indivisibilidade destes direitos. Segundo ainda Piosevan (2009, p. 20), universalidade em razão de defender a extensão universal dos direitos humanos sob a crença de que a condição de pessoa é requisito suficiente para a titularidade de direitos fundamentais, apresentando o ser humano como ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, elevando a dignidade da pessoa humana como o valor intrínseco à condição humana.

Quanto à dignidade da pessoa humana, Piosevan (2009, p. 21) assevera ainda “[...] O valor da dignidade da pessoa humana, incorporado na Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos [...]”.

Ainda com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, vale citar um trecho da lição de Luis M. Cruz (2006, p.6) “[...] El núcleo de dicho orden de valores correspondería al principio de la dignidad humana, y más em concreto al principio del libre desarrollo de la personalidad [...]”.

Nota-se que a concepção do alcance e da importância do princípio da dignidade da pessoa humana foi fator fundamental que contribuiu com a universalização dos direitos fundamentais, já que, para exigir dignidade, basta ser humano.

## **1.2 O Constitucionalismo**

Como vimos, o desenvolvimento dos direitos fundamentais está inexoravelmente ligado ao nascimento dos movimentos relacionados ao constitucionalismo e ao neoconstitucionalismo.

Essa lenta evolução dos direitos humanos tornou possível o surgimento do Estado, principalmente com o declínio do feudalismo, surgindo uma nova concepção de poder que ao mesmo tempo é limitado e garantidor da liberdade dos cidadãos.

O Constitucionalismo, dessa forma, representa o surgimento do Estado Constitucional fundamentado na Declaração de Direito do Povo da Virgínia e na Declaração de Direito proveniente da Revolução Francesa.

Como nosso trabalho está relacionado a uma das formas de garantia repressiva dos direitos fundamentais, devemos compreender o mecanismo de formação e desenvolvimento do Estado Constitucional.

### **1.2.1 Separação dos Poderes e Liberdade**

A principal característica do Estado Constitucional não seria tão somente o princípio da separação dos poderes como instrumento efetivo de limitação do poder, mas também, de igual importância, seria a capacidade que o novo sistema de governo [Estado Constitucional] teria de assegurar a liberdade de seus cidadãos.

Como foi possível concluir nos tópicos anteriores, a respeito da evolução dos direitos humanos e do surgimento do constitucionalismo, se não caminhar, de forma conjugada, o princípio da separação dos poderes e o princípio da liberdade, poderemos ter um constitucionalismo voltado para a glória do Estado e não para a liberdade política dos seus cidadãos.

Isso, nós verificamos com o Estado Constitucional que foi implantado com a Revolução Francesa que acabou por dar mais atenção ao asseguramento do governo das leis do que do governo do povo. Esse desvirtuamento do sistema político do Estado Constitucional, mais tarde, causou as infâmias dos governos nazistas, fascistas e ditatoriais, como também tivemos o cuidado de destacar na evolução dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, o Estado Constitucional poderá ser implantado no sentido de proteger a liberdade política de seus cidadãos, ou, em total desvirtuamento quanto ao objeto de seu nascimento, se preocupar com os interesses estanques do representante do Estado. Logo, se o Estado constitucional não primar por assegurar a liberdade de seus cidadãos, rapidamente surge a feição ditatorial que se procurou afastar com sua criação, sendo o sistema político de governo do povo, substituído pelo sistema de governo das leis.

Neste sentido, leciona Manuel Aragón (2008, p. 217):

La característica genuína, es decir, la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica, no es sólo la limitación del poder mediante el derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación, o dicho con otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece: la garantía de la libertad. Ya había dicho Montesquieu que unas Constituciones tienen por objeto la gloria del Estado y, otras, la libertad política de los ciudadanos. La limitación jurídica del poder puede tener, pues, otros fines distintos del de preservar la libertad. Así, el “gobierno de las leyes y no de los hombres” puede estar a servicio de la “gloria del Estado”, es decir, de su

eficácia organizativa, em quanto que a Ella contribuye, decisivamente, la racionalización jurídica de las estructuras y competencias estatales.

Como demonstra o nobre jurista supracitado e como a própria história nos provou<sup>6</sup>, a criação do Estado Constitucional por si só, não é suficiente para sustentar um governo democrático, de modo que fica claro que falta o elemento garantidor da liberdade política do cidadão, como forma de real manutenção do governo democrático.

Do contrário, a simples previsão do princípio da separação dos poderes, desacompanhada de formas de garantia relacionadas às liberdades políticas do cidadão, poderá produzir um estado constitucional não democrático, senão vejamos:

Sin embargo, la Idea de Constitución que prevalece em el mundo ilustrado, y que dará definitivamente el nombre al nuevo Estado que emerge como consecuencia de la Independencia norteamericana y de la Revolución francesa, no será la de limitar el poder por razones de pura eficacia, sino la de hacerlo para preservar la libertad. En otros términos: la Idea de que el pueblo es soberano, de que sólo es soberano si permanece libre y, en consecuencia, de que el Estado há de organizarse em coherencia com esse postulado, de maneira que os actos del poder “constituído” no puedan despojar a los hombres de su libertad. La Constitución, así, representa, sencillamente, el instrumento jurídico que garantiza los derechos de los ciudadanos (ARAGÓN, 2008, p.218).

Logo, o governo dos homens depende, muito mais do asseguramento do direito à liberdade do cidadão, do que apenas da noção do princípio da separação dos poderes como fator limitador dos poderes do governante. Só é possível assegurar a manutenção dos direitos fundamentais se for assegurado ao povo liberdade e soberania política, já que o governo nasce da soberania popular positivada na Constituição do Estado.

Desta forma, é também de Manuel Aragón (2008, p. 111) a lição de que “[...] El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad em igualdad); la división de poderes es sólo una “forma” de asegurarla [...]”.

O constitucionalismo, assim, representa a limitação do poder do governante e o aperfeiçoamento dos meios jurídicos de se assegurar a liberdade do cidadão. O princípio da separação dos poderes sem o aperfeiçoamento de técnicas processuais capazes de assegurar a liberdade torna a democracia insustentável. O princípio da separação dos poderes por si só não é suficiente para assegurar um Estado Democrático de Direito.

Conclui-se desta maneira que para o Estado Constitucional dos homens e não das leis faz-se necessário o cumprimento do princípio da liberdade, da igualdade e da

---

<sup>6</sup> Referimo-nos as ocorrências relacionadas ao fascismo na Itália, ao nazismo na Alemanha e aos governos ditatoriais, principalmente os Latino Americanos que mais diretamente nos atingiram.

separação dos poderes, tendo este último, na verdade, a função de assegurar os primeiros, ou seja, assegurar que exista liberdade política para os cidadãos e que cidadãos e governantes sejam tratados de formas iguais.

### 1.2.2 Características do constitucionalismo

Manuel Aragón (2008, p. 111) ensina que a Constituição, produto da Revolução Francesa e da Declaração de Independência das Colônias Americanas, possuem características formais e materiais. Do ponto de vista formal “[...] Desde el punto de vista formal, se tratará de una “norma fundamental”, escrita y rígida; una “super-ley”, situada por encima del derecho ordinario [...]”.

Neste diapasão, do ponto de vista formal, a Constituição possui a característica de fundamentalidade de suas normas, de norma Magna, ou seja, de norma maior.

Não obstante, quanto à característica material de referidas normas, Manuel Aragón (2008, p.111) destaca: “[...] Desde el punto de vista material, será una norma que habrá de tener un determinado contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes [...]”.

Logo, quanto à matéria, as normas constitucionais devem ao mesmo tempo prever formas de garantir a defesa e sustentação de seus ditames e direitos previstos, bem como, garantir o princípio da separação dos poderes, o que interessa sobremaneira para nossos estudos, já que estudaremos formas processuais de garantir os direitos fundamentais, em especial, por meio do uso da Ação Civil Pública.

Manuel Aragón (2008, p. 113) sintetiza o conteúdo formal e material, características do texto constitucional, destacando que o texto constitucional se apresenta como uma forma de jurisdição da democracia:

Lo que ya resulta hoy un lugar común, en el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida.

Desta forma, se a Constituição possui legitimidade, ou seja, se o seu texto é proveniente da vontade de um povo livre, apresentando características formais e materiais, apresenta um rol de direitos fundamentais e assegura a existência dos referidos direitos, a referida norma passa a ter a importante característica de suporte para a defesa jurisdicional do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, a característica ideológica do constitucionalismo está relacionada ao seu significado jurídico de estabelecer que só seria uma “Constituição Constitucional<sup>7</sup>”, ou seja, uma constituição verdadeira, aquela proveniente da vontade do povo livre e soberano, com a previsão de garantias jurídicas de referidos direitos por meios processuais e até mesmo, por meio da previsão de governo organizado mediante uma estrutura que respeite o princípio da separação dos poderes.

Neste diapasão, poderia se dizer que o constitucionalismo seria a ideologia que prevê de forma incondicional a limitação do poder, a previsão de rol de direitos fundamentais e formas jurisdicionais de assegurar referidos direitos e soberania popular.

Quanto ao significado jurídico, Manuel Aragón (2008, p.116) descreve:

[...] Constitución el único concepto jurídico verdadero, es decir, el único que há hecho de la Constitución auténtico derecho, o lo que es igual, norma válida y eficaz. Sólo esse concepto de Constitución há permitido la limitación jurídica del poder [...] la técnica jurídica de la libertad.

A característica ideológica e o significado jurídico da constituição se resumem na frase em que o renomado autor descreve a Constituição como uma técnica jurídica de liberdade, ou seja, uma ideologia capaz de assegurar a soberania e a vontade popular limitando o poder do governante.

Ademais, quanto à característica cultural, é possível verificar que o constitucionalismo exige a criação de uma cultura constitucional de modo a garantir e a perpetuar a elaboração e aplicação de direitos que visem a manter o núcleo central do constitucionalismo, qual seja, a limitação jurídica do poder e a garantia da liberdade.

A característica cultural se diferenciaria da ideológica já que esta seria o instrumento utilizado por aquela para se perpetuar o constitucionalismo, ou seja, a cultura seria o ensinamento para as posteriores gerações da importância de se manter viva a ideologia do constitucionalismo.

---

<sup>7</sup> A expressão Constituição constitucional foi cunhada por Jellinek Llamaba e é citada por Manuel Aragón em seu artigo La Constitución como paradigma: “[...] O, em otras palabras, que sólo es Constitución auténtica la que Jellenek Llamaba “Constitución constitucional” (ARAGÓN, 2008, p.116).

Neste diapasão, ensina Manuel Aragón: “Un Estado constitucional precisa, para su manteniiento, una cultura jurídica constitucional que deberá presidir la elaboración y aplicación del derecho, y teorización y la transmisión de los conocimientos jurídicos [...]” (2008, p. 119).

Logo, a característica cultural do constitucionalismo representaria o ensinamento das futuras gerações quanto à necessidade de se manter viva a ideologia do constitucionalismo, característica essa que nos leva à próxima, qual seja, a capacidade do constitucionalismo de evoluir.

Já a característica transformadora da Constituição, sem dúvida alguma é uma das principais características do constitucionalismo. Leciona Aragón (2008, p.118): “[...] Lo cierto es que una qualidade importante del constitucionalismo reside em la capacidad que poseen los textos para adaptarse a circunstancias cambiantes, através de la interpretación, sin transformar la redacción originaria [...]”. Neste sentido, o constitucionalismo consegue manter o seu poder de transformação e evolução, mantendo suas matrizes ideológicas, utilizando-se do uso da interpretação, afastando o risco de rupturas culturais e ideológicas que coloquem em risco a própria manutenção do constitucionalismo.

O mesmo autor completa a lição, utilizando dos ensinamentos de Hesse: “[...] esta continua adaptación que es capaz de hacer de una Constitución “viva” una Constitución “vivente” (ARAGÓN apud HESSE, 2008, p. 120).

Por fim, outra característica presente no constitucionalismo está relacionada ao fato de se tratar de um fenômeno mundial, senão vejamos: “[...] Existe finalmente, outra característica (que es más una consecuencia) del constitucionalismo que debe destacarse: el rango de fenómeno no ya puramente nacional, sino transnacional, que há ido adquiriendo em las últimas décadas [...]” (ARAGÓN, 2008, p.120).

O fato do constitucionalismo ser um fenômeno mundial se deve, a nosso ver, principalmente ao fato de ser, até hoje, a melhor ideologia jurídico-política capaz de limitar o poder do governante e garantir direitos e liberdades dos governados. Outro fator importante está no fato de o Constitucionalismo ter nascido da Declaração Americana de Independência e da Declaração resultante da Revolução Francesa, tendo essa última a importante qualidade de ter conseguido efetivamente universalizar valores, como já vimos no início de nossos trabalhos.

### 1.2.3 Modelos de compreensão do constitucionalismo

Se Manuel Aragón nos apresentou importante rol sintetizador das características do constitucionalismo, como pudemos ver no tópico anterior, é de Canotilho (2003) outra importante lição a respeito de referido sistema de governo, dividindo o constitucionalismo em “Modelos de Compreensão”.

Leciona J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 55) que a compreensão do modelo historicista seria encontrada no Constitucionalismo inglês que apresentou dimensões histórico-constitucionais caracterizadas: a) pela garantia dos direitos adquiridos, fundamentada no “binómio subjectivo” *liberty end property*; b) estruturação corporativa dos direitos em razão de em um primeiro momento, estruturar os direitos de indivíduos pertencentes a um estamento; c) regulação destes direitos mediante “contratos de domínio” no modelo da *Magna Charta*.

Assevera ainda Canotilho (2003, p. 55-56) que a evolução destas dimensões histórico-constitucionais de garantias faria patrimônio integrante das Cartas Ocidentais que se perpetuariam até os dias atuais, já que, por meio da *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, seriam criadas as matrizes ideológicas dos direitos à liberdade, à segurança das pessoas e de seus bens, a garantia de um processo justo, ao nascimento do direito comum [*common law*], bem como o surgimento da ideia da representação e da soberania popular garantindo um governo moderado.

Não obstante, quanto ao modelo individualista, temos que destacar que, enquanto o modelo historicista inglês não rompeu totalmente com a forma de governo existente na época, já que não extinguiu a monarquia e os estamentos, o modelo individualista, em um contexto histórico totalmente adverso, rompe totalmente com o regime anterior, determinando o nascimento de um novo regime político-jurídico em que se afirma que os direitos dos homens são naturais aos indivíduos.

Neste diapasão, leciona Canotilho (2003, p. 56-57):

[...] Os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento. [...] A expressão póstuma – *ancien regime* – mostra claramente isso: a “ruptura” com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” e a criação de um “novo regime” significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história.

Como já fizemos questão de destacar em nosso trabalho, no tópico referente ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e sua influência no constitucionalismo, ficou nítida as diferenças quanto aos movimentos constitucionais que se seguiram na América do Norte, na Inglaterra e na França.

Outrossim, não podemos deixar de destacar ainda que foi no modelo individualista, como leciona Canotilho (2003, p. 58), que surgiu a figura do “poder constituinte”, “[...] no sentido de um poder originário pertencente à Nação, considerado o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a Constituição”.

Desta forma, se no modelo historicista surgiu a figura do “Parlamento”, no modelo individualista surge a figura do “Poder Constituinte”, restando apresentar agora o resultado do modelo americano, objeto de nosso próximo tópico.

Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 60) esclarece que “[...] Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades [...]”.

Na verdade, os americanos observaram que no sistema inglês surgiu uma figura tirana - “[...] porque, entretanto, no *corpus* da constituição britânica, se tinha alojado um tirano – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação [*taxation without representation*] [...]” – de modo que, ao reafirmar a *Rights*, da tradição britânica medieval, o povo americano teria que encontrar uma forma de não cair na mesma armadilha que o povo inglês. A solução encontrada foi a criação de uma lei disciplinadora do poder, criando ao mesmo tempo as figuras do governo limitado [*limited government*] por uma lei superior [*paramout law*] e ao mesmo tempo a ideia de revisão jurisdicional de qualquer lei inferior contrária à lei superior, ou seja, a criação de um sistema de fiscalização de constitucionalidade da lei [*judicial review*], assegurando assim ao mesmo tempo forma legal de limitar o poder e de revisar as leis inconstitucionais criadas pelo legislador (CANOTILHO, 2003, p. 59-60).

Por fim, estudando a evolução dos direitos fundamentais, as características do Constitucionalismo propostas por Miguel Aragón [formal, material, ideológica, cultural, transformadora e fenomenológica], bem como os Movimentos Constitucionais apresentados por José Joaquim Gomes Canotilho [historicista, individualista e americano], é possível averiguar que a adoção de um modelo constitucionalista de gestão política não é, por si só, suficiente para assegurar o respeito aos direitos fundamentais, bem como a limitação do poder do governante.

Apenas para reforçar, é importante lembrar que em um primeiro momento, na Inglaterra, a adoção do constitucionalismo não foi capaz de evitar atitudes tirânicas do Parlamento, que abusou na cobrança de taxas, como vimos anteriormente. No mesmo sentido, a adoção do constitucionalismo na França não foi capaz de garantir, inicialmente, o respeito ao princípio da separação dos poderes, havendo igualmente a ocorrência de alguns abusos.

Mais tarde, foi possível verificar que a adoção do modelo constitucionalista na Itália, não foi capaz de impedir os desmandos e infâmias do regime fascista, da mesma forma que na Alemanha, a adoção de referido modelo também não foi capaz de evitar os horrores da hecatombe nazista. Ainda nos reportando ao passado, na América Latina, a adoção do constitucionalismo por si só também não teve força para evitar as ditaduras militares.

Mais recentemente, podemos observar o ressurgimento na América Latina de Governos Populistas, que mesmo adotando o modelo constitucionalista, não estão sendo capazes de assegurar o respeito aos direitos fundamentais. Neste sentido, não podemos deixar de citar o fato recente ocorrido na Venezuela, onde o governo não renovou a concessão de um importante canal de TV que sempre se apresentou de forma crítica para com o governo de Hugo Chaves.

Desta forma, se apenas a adoção do modelo constitucionalista não é suficiente para assegurar efetiva democracia, é possível apontar que o modelo constitucionalista deverá ser adotado acompanhado de algumas condições relacionadas ao novo perfil-jurídico necessário ao efetivo constitucionalismo, sendo necessário reconhecer a existência de um novo perfil-jurídico necessário para a efetiva democracia, podendo, inclusive se destacar claramente algumas características condizentes com referido perfil.

Neste diapasão, Miguel Carbonell citando lição de Riccardo Guastini leciona:

[...] Un ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales [...] (GUASTINI apud CARBONEL, 2009, p.203).

Esse ordenamento jurídico constitucionalizado, intrometido e invasor, como ensina Guastini na lição supracitada por Carbonell exige por sua vez a presença de sete características assim definidas por Guastini:

A) Una Constitución rígida; B) La garantía jurisdiccional de la Constitución; C) La fuerza vinculante de la Constitución; D) La “sobreinterpretación” de la Constitución; E) La aplicación directa de las normas constitucionales; F) La interpretación conforme de las leyes (GUASTINI apud CARBONELL, 2009, p. 204-205).

Todas essas características ou condições citadas por Guastini (2009) é que irão caracterizar a evolução do constitucionalismo e nos levar ao que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo, o que será objeto de estudo de nosso próximo item.

### 1.3 Neoconstitucionalismo: reaproximação entre direito e valores morais

O constitucionalismo atual, tendo como característica dominante a reaproximação entre direito e ética, se firma na existência de valores e princípios universais e na possibilidade da interpretação destes, na busca da razão, por meio do uso da reflexão, do raciocínio, sempre procurando obter a efetivação e proteção dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Marilena Chaui, citada por Barroso (2008, p.6), ensina que os gregos inventaram a ideia ocidental de razão como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. A razão, por sua vez, é o traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimentos e transmiti-los pela linguagem. No constitucionalismo atual, a reflexão fundamentada em valores será uma das exigências do neoconstitucionalismo.

Neste diapasão, Eros Roberto Grau (1981), citando André Peittre, assim se pronunciou: “[...], **a revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade pela origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica pelo seu fim, seus serviços, sua função** (PEITTRE apud GRAU, 1981, p.113, grifo nosso).

Barroso (2008, p.129) leciona que “[...] Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche de Grécia contra Roma [...]”<sup>8</sup>, representa a fase atual do constitucionalismo, marcada pela passagem da Constituição para o Centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil.

---

<sup>8</sup> A primeira parte da frase “Ontem os Códigos; hoje as Constituições” foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado e avulso pela IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

Léon Duguit (2005, p.25), por sua vez, assevera que o homem que vive em sociedade possui direitos, porém, referidos direitos não são prerrogativas que lhe pertençam na sua qualidade de homem, mas sim poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir, de modo que, não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra do direito dos homens que vivem em sociedade, mas, a regra de direito que obriga cada homem a desempenhar um certo papel social na comunidade em que vive.

A reaproximação do direito aos valores morais, como veremos, será de fundamental importância para o fortalecimento dos direitos humanos que passaram de normas programáticas a normas vinculantes.

### **1.3.1 Evolução do Neoconstitucionalismo**

O neoconstitucionalismo nasce da compreensão jurídico-filosófica de que todo conhecimento, qualquer que seja seu suporte científico, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade, de modo que todos os objetos estão sujeitos à interpretação, sendo esse novo paradigma especialmente válido para o Direito, cuja matéria-prima é feita de normas, palavras, significantes e significados (BARROSO, 2008, p.8-9).

Neste diapasão, vale citar na íntegra trecho dos ensinamentos de referido autor: “[...] A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”. (BARROSO, 2008, p.9).

Não obstante, para chegarmos ao momento que passa o movimento constitucionalista atual, faz-se necessário estudarmos, ainda que brevemente, a sua origem histórica, cultural, política e filosófica moderna, de modo que podemos citar dois marcos históricos relevantes quanto ao início da evolução do neoconstitucionalismo, um relacionado com o novo direito constitucional, na Europa. O outro, relacionado ao novo direito Constitucional no Brasil. Na verdade, o primeiro marco representou o início do movimento do neoconstitucionalismo como sistema realmente vinculante de norma em todas as esferas do poder, bem como do setor privado e do cidadão em geral, enquanto que o segundo marco, representou a adoção de referido sistema no Brasil.

Referidos momentos históricos se relacionam a tristes e infames acontecimentos que impactaram a humanidade, causando vergonha e comoção. O marco europeu está relacionado com o constitucionalismo que surgiu no pós-guerra, principalmente na Alemanha e Itália. O marco brasileiro, por sua vez, relaciona-se com o constitucionalismo que surgiu no período pós-autoritarismo com a redemocratização do país.

Corroborando, Luis Roberto Barroso (2008, p.103) ensina que a reconstitucionalização da Europa ocorreu imediatamente após o fim da Segunda Grande Guerra, desenvolvendo-se ao longo da segunda metade do Século XX, enquanto no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional ocorreu no ambiente de reconstitucionalização do País, por ocasião da discussão prévia, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, é possível verificar que referida evolução é fruto da evidente mudança de paradigmas, provocados, por grandes embates, acompanhados de derramamento de sangue, não podendo ser admitida qualquer retração de referidos direitos, já que cobraram caríssimo custo em vidas.

Faz-se necessário registrar, no entanto, que não foram apenas os acontecimentos históricos, principalmente a partir da metade do século XX, os únicos responsáveis pela evolução consistente do neoconstitucionalismo.

É possível identificar três grandes marcos relacionados com a evolução do neoconstitucionalismo:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2008, p.113).

Neste contexto, da mesma forma que os direitos humanos e o constitucionalismo foram fruto de grandes embates, muitas vezes sangrentos, provocados pela opressão dos cidadãos, o neoconstitucionalismo, de forma semelhante, nasce das reivindicações do povo, que buscou construir, ainda que lentamente, o reconhecimento dos direitos fundamentais e dos movimentos constitucionais.

Quanto à mobilização necessária da população, que exige o reconhecimento e participação nas mudanças históricas e culturais de um país, Peter Haberele (2002, p.15) apresenta lição que não poderíamos deixar de citar: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.

Em toda história da humanidade foi possível observar, como não poderia deixar de ser, que as mudanças político-filosóficas ocorrem sempre acompanhadas de fatos históricos e culturais que serviram para justificar e fundamentar referidas mudanças. A propósito, Wilhelm Humboldt, citado por Korand Hesse leciona: “[...] Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se” (HUMBOLDT apud HESSE, 1991, p.16).

Certamente essa é a razão do êxito da Constituição Federal de 1988, da mesma forma que obteve êxito o constitucionalismo alemão e italiano do pós-guerra, e superação dos regimes nazi-fascista. Os acontecimentos do período ditatorial brasileiro, toda a opressão, o desrespeito sistematizado dos direitos fundamentais, dos direitos em geral do cidadão, provocaram uma reação na sociedade capaz de causar comoção social suficiente para que o povo brasileiro compreendesse a importância de sua Carta Constitucional de 1988, valorizando-a e não admitindo agressões gratuitas ao seu texto.

Peter Harbele, citado por Andreas J. Krell (2002, p. 29), pactua do mesmo entendimento ao afirmar que a constituição de um Estado não é somente texto jurídico ou regulamento normativo, mas também expressão do seu desenvolvimento cultural, como “meio de auto-afirmação cultural de seu povo (HARBELE apud KRELL (2002, p. 29).

A principal característica do constitucionalismo que surge a partir da segunda metade do Século XX é, certamente, a força vinculante da norma constitucional. Barroso (2008) leciona que “[...] a idéia de constitucionalismo do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com forma normativa, por todo o sistema jurídico [...]” (BARROSO 2008, p. 114).

Com toda influência e vinculação das normas infraconstitucionais à norma constitucional existente no movimento neoconstitucionalista foi possível assistir à disseminação do direito constitucional por todos os ramos do direito, o que provocou, por sua vez, o surgimento do Estado Social Democrático.

Outrossim, Agra (2008, p.496) assevera que atualmente os direitos fundamentais assumem nova roupagem, sendo identificados de forma objetiva e subjetivamente, de modo que a identificação nestes termos “ [...] contribui para a construção de um Estado Social, que condiciona teleologicamente a jurisdição constitucional ao atendimento dessas prerrogativas dos cidadãos” (AGRA, 2008, p. 496).

Neste mesmo sentido, demonstra ainda Barroso (2008, p. 129), que a fase atual do constitucionalismo é marcada pelo deslocamento da constituição para o centro do sistema jurídico-político, provocando o nascimento de um verdadeiro filtro axiológico pelo qual deve passar o direito. Deste modo, segundo o referido autor, a constituição estando no centro do sistema jurídico provoca, apenas para citarmos alguns exemplos: a assunção do direito social, obrigando que a propriedade privada passe a cumprir função social, provocando o surgimento de princípios que repercutiram por todo o sistema jurídico, tais como o princípio da solidariedade, da igualdade, da razoabilidade.

Miguel Carbonell (2009, p. 9-10), por sua vez, apresenta importante lição quanto ao conceito de neoconstitucionalismo:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colobiana de 1991.

Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 261) ensina, outrossim, que o neoconstitucionalismo pode ser visto como uma teoria de direito que reúne as novas transformações constitucionais, já que hodiernamente, muitas teorias constitucionais vêm sendo veiculadas como uma descoberta individualmente considerada, e na verdade se trata de uma estrutura jurídica que congrega vários elementos comuns em uma mesma direção.

Por outro lado, é importante destacar que existem autores que negam a existência do neoconstitucionalismo como um novo fenômeno ou até mesmo que se posicionam veementemente contra essa evolução do constitucionalismo. Os autores que negam o neoconstitucionalismo fundamentam seus ensinamentos no fato de que não se deveria considerar o movimento em estudo um novo movimento e sim, tão somente a evolução do constitucionalismo, sendo inadequado a utilização da expressão “neo”. Não obstante, como veremos a seguir, comungamos da opinião que se trata sim de um novo

movimento em razão de todos os paradigmas superados pelo movimento intitulado de neoconstitucionalismo.

Assim, por haver mudanças profundas na forma como ver o direito, reaproximando-se a ciência jurídica dos valores morais, com a sobrevalorização do princípio da dignidade da pessoa humana e a transposição de uma ordem jusprivatista para uma ordem juspublicística, somos partidários da posição dos autores que sustentam a existência de movimento com características bem distintas do anterior.

Não obstante, Juan Antonio Garcia Amado (2007) faz críticas bem severas ao neoconstitucionalismo, utilizando como base de suas críticas um artigo assinado por Luis Prieto Sanchís, que acabou por provocar competente embate entre referidos autores, embate extremamente proveitoso que foi publicado na obra **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos** organizada por Miguel Carbonell<sup>9</sup>.

Quanto ao referido embate, vale a pena destacar a posição de cada autor em um quadro que muito facilitará a compreensão do leitor quanto a diferença de posição de ambos os doutrinadores.

Vale destacar que Juan Antonio Garcia Amado (2007) assume uma posição Constitucionalista Positivista, de modo que Luis Pietro Sanchís (2007) assume uma posição de defesa do neoconstitucionalismo, senão vejamos os ensinamentos de García Amado (2007, p. 237):

Luís Pietro Sanchís, colega y amigo, acaba de publicar un importante artículo sobre el constitucionalismo de los derechos. Pocas veces podremos ver mejor resumida y presentada esa orientación del pensamiento constitucional, crecientemente importante, que se conoce como neoconstitucionalismo. De ahí que me permito tomar dicho trabajo para contrastarlo con el constitucionalismo positivista que defiendo.

Neste sentido, segue o anunciado quadro apresentando didaticamente as diferenças entre as referidas posições.

---

<sup>9</sup> Juan Antonio Garcia Amado em seu artigo intitulado “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo” apresenta severas críticas ao neoconstitucionalismo, tendo como suporte o artigo “El constitucionalismo de los derechos” assinado por Luis Prieto Sanchís, que por sua vez, rebate referidas críticas assinando artigo intitulado “Réplica a Juan Antonio García Amado”, todos publicados na obra **Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**, organizado por Miguel Carbonell e publicado em 2007 pela editora Trotta em parceria com o Instituto de Investigaciones Jurídicas – Unam.

**Quadro 1: O Neoconstitucionalismo de Sanchís contra o Constitucionalismo Positivista de García Amado**

| <b>Neoconstitucionalismo<br/>[Luís Pietro Sanchís]</b>  | <b>Constitucionalismo Positivista<br/>[Juan Antonio García Amado]</b>   |
|---|---|
| a) O conteúdo da Constituição não se esgota no significado de seus termos e enunciados, sendo seu conteúdo axiológico, de modo a dizer mais do que o simples significados de seus termos.   | a) A Constituição, como qualquer outra norma jurídica corresponde claramente ao que está anunciado em suas normas.  |
| b) A indeterminação semântica da Constituição se deve a mandamentos constitucionais que devem ser completados de acordo com os objetos materiais da Constituição.   | b) Os termos abertos e vagos da Constituição poderão ser completados de diferentes modos, desde que não se apresentem claramente contraditórios ao texto constitucional.  |
| c) Os intérpretes autorizados não são chamados a eleger uma, dentre as várias formas de interpretar a Constituição, mas sim, realizar a interpretação de modo a concretizar maximamente os mandamentos constitucionais.                               | c) A eleição de uma, dentre as várias formas de interpretar os termos abertos da Constituição deverá ocorrer por meio dos intérpretes autorizados, que são, em primeiro lugar, o legislador, os juízes e o Tribunal Constitucional. |
| d) Os juízes e em particular o Tribunal Constitucional cumprem funções de controle negativo-positivo devendo anular e declarar inconstitucional toda norma que não objetiva a concretização máxima dos mandamentos constitucionais.                   | d) Os juízes e em particular o Tribunal Constitucional cumprem prioritariamente funções de controle constitucional e se trata de um controle negativo puro, consistente em anular e declarar a inconstitucionalidade.               |
| e) Tanto o legislador, como, principalmente os juízes, tem competência para a realização dos mandamentos constitucionais, podendo determinar a real amplitude necessária para a solução legal e concretização máxima dos mandamentos constitucionais. | e) Ao Poder Legislativo corresponde uma função de realização constitucional, determinando as alternativas quanto aos significados possíveis dos textos constitucionais, em busca do cumprimento dos mandamentos da Constituição.    |

(Fonte: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p.239-240)

Outrossim, vale reforçar que aderimos ao rol de autores que defendem o neoconstitucionalismo como uma evolução do constitucionalismo que possui características próprias que o diferenciam do constitucionalismo positivista, sendo classificado desta forma de movimento pós-positivista ou neoconstitucionalista.

Neste sentido, iremos aproveitar da lição de Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 264-265) e reproduziremos quadro bem esclarecedor formulado pelo competente professor:

**Quadro 2: Características que diferenciam o movimento constitucionalista do neoconstitucionalista**

| Tema  | Como é tratado pelas teorias tradicionais do Direito  | Como é tratado pelo neoconstitucionalismo  |
|---|---|--|
| Sociedade                                   | Homogênea   | Plural e Global  |
| Moral                                       | Monista [sem correlação com o direito no positivismo jurídico] ou dos Valores [absoluta no jusnaturalismo]    | Construtivista, com parâmetros de racionalidade prática e pretensão de correção, que vai guiar todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que é.  |
| Política                                    | Estado de Direito [com especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do Poder Público] | Estado Constitucional [acrescenta uma especial atenção para as emanções do poder constituinte e constituído – reformas constitucionais – e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro plano aparece a constante vigília em torno dos direitos fundamentais, que permitem o direito como um todo alcançar novo <i>status</i> ] |
| Desenho institucional das fontes do direito | Lei em primeiro plano e demais fontes tidas como secundárias  | Primazia da Constituição e da jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional  |
| Teoria da norma                             | Conjunto de normas com configurações de regras  | Primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica. Existência das normas políticas e dos critérios jurídico-procedimentais, além de regras e princípios com morfologia peculiar   |
| Teoria da interpretação                     | Regras para interpretação e quando estas não existirem, o intérprete é livre para julgar                      | Metodologia constitucional apurada, considerando valores e criando conceitos como a derrotabilidade. Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional  |
| Teoria do direito                           | Positivismo [exclusivo ou inclusivo]  | Neoconstitucionalismo  |

(Fonte: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 264-265.)

Verifica-se, desta forma, que o movimento intitulado pós-positivismo jurídico ou neoconstitucionalismo possui inegavelmente características próprias que o tornam um movimento inovador que apresenta respostas para grandes angústias dos operadores do direito em geral em busca da concretização da justiça. Algumas destas dúvidas serão objeto de

nosso próximo capítulo que tentará enfrentar a nova hermenêutica constitucional necessária para a sustentação deste movimento.

### 1.3.2 O reconhecimento do constitucionalismo moderno provocando a constitucionalização do direito

Como foi possível concluir no item anterior, a evolução do neoconstitucionalismo direcionou esse movimento ao encontro de uma efetiva vinculação de todos os ramos do direito às normas fundamentais. Desta forma, o reconhecimento do constitucionalismo moderno, representou um passo a mais da comunidade político-jurídica em direção à democratização do sistema político e da efetividade da justiça. Não obstante, é possível observar que os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o constitucionalismo tiveram origem em épocas e regiões diferentes do globo terrestre, sempre, no entanto, relacionada com ruptura de sistemas político-governamentais.

A força normativa conquistada pelo texto constitucional, fruto do neoconstitucionalismo, foi capaz de vincular logicamente o particular e, o que é mais importante, a atuação dos três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário. Neste diapasão, vale reproduzir lição digna de nota:

Relativamente ao **Legislativo**, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à **Administração Pública**, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. **Quanto ao Poder Judiciário**, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia de vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO, 2008, p. 115, grifos nossos).

Essa vinculação robusta existente no neoconstitucionalismo que surgiu na segunda metade do Século XX tornou possível a disseminação do direito constitucional por todos os ramos do direito e, por sua vez, provocou o surgimento do Estado Social. Houve,

dessa forma, a mudança de paradigma jurídico, trazendo a norma constitucional para o centro do sistema jurídico.

Mais uma vez, Barroso (2007, p. 400) apresenta lição que, em razão de sua profundidade, merece ser transcrita integralmente:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. **Nele se condensam algumas das grandes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância** e – quem sabe? – até felicidade. O ideal constitucional e a doutrina democrática forneceram energia e inspiração que ajudaram a reconstruir países devastados pelo nazismo e pelo fascismo, a superar projetos socialistas autoritários e a derrotar as ditaduras civis na Europa e militares na América Latina e África. **No Brasil, o florescimento de um sentimento constitucional proporcionou-nos o mais longo período de estabilidade institucional desde a Independência, vencendo um passado de golpismo e de quebras da legalidade** (Grifos nossos).

Para o Brasil, assim como para a Itália e a Alemanha, a adoção do neoconstitucionalismo provocou o mais longo período de estabilidade institucional, de modo que, os referidos países, em razão da adoção deste novo sistema de governo, foram capazes de superar crises ideológicas, políticas e até mesmo econômicas.

Como foi possível observar até aqui, alguns fatores foram fundamentais para a transformação do movimento constitucional no que passou a ser denominado de neoconstitucionalismo. Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p.380-382) esclarece que é possível reconstruir a trajetória do neoconstitucionalismo objetivamente levando-se em consideração três marcos fundamentais intitulados de histórico, filosófico e teórico.

Deste modo, utilizando dos ensinamentos do memorável jurista, iremos cuidar de apresentar cada um dos referidos marcos.

Como já expomos anteriormente, alguns acontecimentos históricos, principalmente na Europa e no Brasil, nos interessam sobremaneira. Desta forma, Barroso (2009, p. 380) leciona que o novo direito constitucional na Europa continental foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha nazista e na Itália fascista, enquanto que, no Brasil foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o processo de redemocratização que se seguiu a partir deste momento.

Destaca Barroso (2009, p. 380) que “[...] Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração [...] Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário de amor”. A referida mudança,

o reconhecimento da importância do texto constitucional, em um período de espaço histórico de menos de uma geração é uma conquista que deve ser festejada por todo o sempre.

Não obstante, quanto ao marco filosófico, Barroso (2009, p. 381 - 382) ensina que o neoconstitucionalismo se apresenta como uma terceira via entre concepções positivistas e jusnaturalista, de modo que é um movimento que não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas também não concebe o direito desconectado de uma filosofia político-moral como fizera o movimento positivista, concluindo com argumento merecedor de transcrição de sua íntegra:

[...] Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

O marco filosófico neoconstitucionalismo permite afastar de vez qualquer indagação quanto a uma nova roupagem que estaria sendo dada ao movimento que fora intitulado constitucionalismo. A grande quantidade de seguidores que aderem ao neoconstitucionalismo aumenta a cada dia, exatamente por se vislumbrar nos aspectos filosóficos do referido movimento a saída para questões lacunosas do positivismo jurídico que levavam muitas vezes à prática de injustiça e até mesmo à prática de infâmias históricas fundamentadas em leis do positivismo estanque, como já vimos anteriormente.

Quanto ao marco teórico, o professor Barroso (2009, p. 382) leciona que o direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigmas, sendo que o primeiro conjunto encontra-se relacionado com o reconhecimento da força normativa às disposições constitucionais que passam a ter aplicabilidade imediata e direta. O segundo momento relaciona-se com a expansão da jurisdição constitucional e o terceiro conjunto de transformações teóricas se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento do que se denominou de a nova interpretação constitucional, que será objeto de nosso próximo capítulo.

### 1.3 Neoconstitucionalismo e Ativismo Jurisdicional

A mudança de paradigma jurídico-político, provocada pela constitucionalização do direito, influenciou e proporcionou, por sua vez, transformação e adequação de todos os códigos legais para que se alinhassem ao novo sistema jurídico, o sistema da supremacia da Carta Constitucional, o sistema do Estado Social.

Assim, no Estado Social, com a robusta constitucionalização de todos os ramos do direito e conseqüentemente a ampliação consistente dos catálogos de direitos dos cidadãos, foi necessário dotar o Poder Judiciário de uma nova função, traduzida em necessário ativismo jurisdicional.

Outrossim, Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 55-56) ensina que:

Com a Constituição de 1988, ocorreu uma alteração do paradigma das influências políticas. **Passou-se de uma democracia centralista, fundada na prevalência dos Poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa e reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial, com especial implicação para o direito processual civil brasileiro. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apolítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático que relaciona autor, juiz e réu em colaboração,** com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório. (Grifos nossos)

Quanto a essa nova função do Poder Judiciário, Andreas J. Krell (2002, p. 94), citando Tércio Ferraz Jr., leciona que foi necessário que ocorresse um processo de desneutralização do poder judiciário, dotando o juiz de nova função sócio-terapêutica, liberando o magistrado do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva, impondo ao mesmo, uma responsabilidade prospectiva, relacionada com a viabilização das finalidades políticas das quais o juiz não mais poderá se livrar em nome do princípio da legalidade. Para o referido autor, a responsabilidade do juiz passa a vinculá-lo ao sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.

Outrossim, se o poder executivo não desempenha suas funções de forma eficiente, assegurando o respeito a direitos fundamentais mínimos, caberá, no Estado Social, ao poder judiciário determinar o reconhecimento e efetivação de referidos direitos.

Neste mesmo sentido se manifesta Walber de Moura Agra (2009, p. 500):

Ao defender que a Constituição é uma “ordem objetiva de valores” e que a concretização dos direitos fundamentais deve garantir um mínimo existencial ou densidade suficiente de seus preceitos está se tentando assegurar sua efetiva realização, mormente dos direitos que têm uma natureza programática. Dessa forma, o Supremo Tribunal Constitucional assume uma relevante importância no sentido de implementar os direitos fundamentais abrigados pela Constituição de 1988, tornando-se o “guardião dos valores”, o instrumento de tutela e efetivação das prerrogativas dos cidadãos.

Este ativismo jurídico, principalmente nos Estados que adotaram as cortes constitucionais, ou seja, a supremacia do sistema constitucional está sendo essencial para garantir a consecução dos direitos.

Obviamente, nota-se que os Tribunais passaram a assumir importância vital nesta concretização de direitos. Neste sentido, é importante mencionar, utilizando mais uma vez dos ensinamentos de Barroso (2003, p.167) que, antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa a supremacia do Poder Legislativo, como permanece hoje no sistema inglês, de modo que, no sistema ainda adotado na Inglaterra, a última palavra quanto ao eventual questionamento de direitos fundamentais pertence ao legislativo.

Não obstante, ocorreu a aclamação do sistema jurisdicional, conforme ensina Luís Roberto Barroso (2008, p. 108):

Assim se passou, inicialmente na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961) No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram incluídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (...) Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *Judicial review*. O caso Frances será objeto de menção à parte.

Felizmente, essa concepção quanto à importância e função dos tribunais constitucionais se espalhou rapidamente pelos países democráticos. Não obstante, faz-se necessário registrar que existem vários autores que defendem que esses tribunais não podem vincular o poder executivo, o que, evidentemente, é inaceitável, diante de todos os esclarecimentos realizados até aqui.

Neste mesmo diapasão, Cappelletti (1999, p.41) preleciona:

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, freqüentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como direito à assistência médica e social, à habitação,

ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas legitimadas.

E o referido autor completa seu raciocínio com magistral facilidade de ensinar dos grandes mestres, senão vejamos:

É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou “*self-executing*”, de tais leis ou direitos programáticos. Sobre isso aprendemos alguma coisa na Itália, especialmente entre 1948 e 1956, ou seja, nos anos entre a entrada em vigor da Constituição e a criação da Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1999, p. 42-43).

Desta forma, se não há dúvida que o constitucionalismo é um fenômeno mundial, denominado por Cappelletti (1999, p. 34), um “[...] fenômeno que gravou profunda marca em nossa época [...]”. É certo ainda que as discussões quanto à necessidade de se criar um Tribunal Constitucional no Brasil ainda são tímidas, o que iremos verificar no próximo tópico.

#### **1.4 Da Inexistência da Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes**

Como iremos tratar do uso da Ação Civil Pública, por meio de seus legitimados, na defesa dos Direitos Coletivos e principalmente da manutenção e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, cabe, neste momento, enfrentar uma confusão jurídica e doutrinária defendida por alguns autores que acreditam que o ativismo jurisdicional caracteriza verdadeira intromissão do poder judiciário nos demais poderes, desrespeitando o princípio da separação dos poderes.

Referidos autores, certamente estão baseando seus fundamentos na teoria desenvolvida por Montesquieu, que não admitia a existência de um poder judiciário interferindo nos demais poderes, senão vejamos:

**O papel do Judiciário é modesto politicamente por duas razões. Primeira. Não se concebe o Judiciário posicionar-se no sentido de frear, embaraçar outro Poder (...)**

Segunda. O Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, leis elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, mas inteiramente à revelia dele, Judiciário. **O Judiciário é a boca que pronuncia as palavras da lei** (MONTESQUIEU, 1994, p. 26, grifos nossos)

Neste sentido, leciona Tavares (2005, p. 166) que Montesquieu assume uma concepção iluminista de lei e uma ideia mecanicista de função judicial que não tolerava a intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes.

Não obstante, o argumento de que o ativismo jurisdicional se traduz em ofensa ao princípio da separação dos poderes, trata-se, na verdade, de um erro, senão, observemos os ensinamentos de Hans Kelsen:

Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. **Se devemos dar ao termo “política”, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a “jurisdição”, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como “exercício do poder” (em contraposição a um “exercício de direito”)** (2003, p.250, grifo nosso).

Logo, trata-se de um erro o argumento da intromissão na medida em que os autores que defendem essa tese não percebem que não existe qualquer contradição entre ativismo jurisdicional e o princípio da separação dos poderes.

Aliás, vale destacar que a consagração do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo moderno tiveram mesmo berço político-filosófico, senão vejamos:

Em nossa opinião, a separação dos poderes configurou-se institucionalmente somente no Estado constitucional moderno. Trata-se de um elemento do constitucionalismo, cujas etapas iniciais podem ser encontradas na organização político-constitucional dos Estados Unidos da América e da França pós-revolucionária (DIMOULIS, 2008, p.147).

Isso se explica até mesmo em razão do objeto do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo, já que ambos possuem a função de preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência “absolutista” de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoa (DIMOULIS, 2008, p.144).

Outrossim, fica evidente que no Estado Social Democrático a concepção limitada do princípio da separação dos poderes não pode mais ser aceita. Isto porque, é o

judiciário que garante o respeito aos direitos fundamentais do homem, até mesmo em face dos poderes executivo e legislativo.

Neste diapasão, ensina João Carlos de Oliveira Teles (2008, p. 229):

As garantias das condições democráticas de um Estado, com o asseguramento da efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, são as bases primeiras da legitimidade de um tribunal constitucional, que passa a ser o guardião da coerência dos princípios constitucionais e da eficácia social da Constituição, quer dizer, da sua efetividade.

Ademais, vale destacar que os tribunais constitucionais realizando o papel que se convencionou chamar de “ativismo jurisdicional” não estão usurpando função do poder executivo, como argumenta os autores contrários ao presente modelo, mas tão somente, estão defendendo a eficácia da constituição, senão vejamos:

Ao contrário de diversos autores que postulam que as decisões judiciais não podem obrigar a concretização de direitos sociais, mesmo que contidos na Constituição, adota-se neste trabalho a premissa de que o Supremo Tribunal Federal tem obrigação de velar pelo cumprimento de todos os mandamentos contidos na Constituição de 1988, principalmente dos direitos sociais. **Dessa forma, não se estaria transferindo a competência de realizar as políticas públicas para o Judiciário, mas defendendo a eficácia da constituição** (AGRA, 2008, p. 506-507, grifo nosso).

Corroborando referido entendimento, Tavares (2005, p. 498) leciona:

No Estado Constitucional de Direito há como que uma primazia da Constituição positivada relativamente ao postulado da soberania popular representativa. A vontade da maioria atual cede em face da norma constitucional que disponha em sentido contrário. A maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte. Preserva-se a soberania popular consubstanciada na Constituição e, a partir desta, normatizada.

Assim, assegura-se ao Tribunal Constitucional essa conotação popular, de representante da soberania popular, da vontade expressa na Constituição, por promovê-la.

Acrescenta ainda Tavares (2005, p. 501) que o Tribunal Constitucional seria legítimo porque assim o desejou a vontade majoritária explicitada na Constituição (primeiro argumento), legitimidade reforçada na medida em que esse Tribunal atuará apenas pela vontade, também majoritária, explicitada na Constituição, contra as vontades inferiores, ou seja, de grupos inferiores que tentam contrariar o texto constitucional (segundo argumento).

Ainda em contraposto aos opositores do ativismo jurisdicional, vale citar os ensinamentos de Cappelletti, apresentados por Porto (2006), sustentando de forma inexoravelmente convincente a legitimidade política do Poder Judiciário, senão vejamos:

- a) A idéia do consenso para sustentar decisões dos governantes é uma ilusão, pois, em sua maioria, a classe política move-se por interesses distanciados daqueles dos governados, decorrentes de alianças e negociações, por vezes, ilegítimas, trocas de partidos, fazendo cada vez mais sutil o fio que prende o voto dos governados às ulteriores decisões políticas dos governantes;
- b) O Poder Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade, posto que os Ministros das Cortes Supremas, entre nós, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado da República (art. 101, parágrafo único, da CF/88); da mesma forma que os membros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, da CF/88). Da mesma forma, o chefe do Ministério Público Federal, um dos principais legitimados ativos ao controle concentrado da constitucionalidade, também é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação da maioria do Senado para um mandato de dois anos (art. 128, parágrafo 1º da CF/88). Nos Ministérios Públicos Estaduais a escolha do Governador deve recair sob lista triplicada apresentada pela classe, também para um biênio (art. 128, parágrafo 3º, da CF/88).
- c) As decisões do Poder Judiciário (*outputs* do Sistema de Justiça) devem forçosamente ser arrazoadas, de sorte que o caráter racional destas decisões, submetidas ao crivo das partes e do duplo grau de jurisdição, constitui um esforço por legitimação com base em valores substanciais.
- d) A legitimidade das decisões do Sistema de Justiça ainda provém de razões procedimentais como a facilitação ampla do acesso à justiça e, provido este, da possibilidade que as partes têm de apresentar suas razões e suas provas, o que já não se verifica tão claramente no processo legislativo. Outrossim, o Sistema de Justiça somente se pronuncia em face de uma lide e nos seus limites, mantendo-se o julgador equidistante das partes, fator que empresta credibilidade e, portanto, legitimidade ao julgamento (CAPPELLETTI apud PORTO, 2006, p. 233-234).

Porto (2006, p.235) salienta, ainda, que a “soberania complexa”, ao combinar representação política [eleitoral] e funcional [constitucional ou legal], seria uma forma excelente de expandir a participação e a influência da sociedade no processo político mediante todos os meios disponíveis, entre eles, o Sistema de Justiça. A implantação de referido sistema equivaleria à implantação de mecanismos de democracia direta, presentes na idéia de comunidade de intérpretes da Constituição, que influenciou a Constituição brasileira de 1988, a qual prevê a participação da sociedade civil organizada e do Ministério Público no controle de constitucionalidade das leis e na defesa dos direitos transindividuais, por meio, inclusive, da ampliação dos legitimados ativos ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme art. 103 CF/88.

Zaneti Júnior (2007, p. 44-45) acrescenta que o Brasil possui um diferencial positivo, já que o controle de constitucionalidade das leis brasileiras (sistema difuso e sistema concentrado), realizado por órgãos jurisdicionais sem a influência da jurisdição administrativa ou da jurisdição de órgãos políticos como ocorre no sistema constitucional Francês (*Conseli*

*Constitutionnel*), funcionando desta forma por meio de um sistema de formatação constitucional híbrido<sup>10</sup>, proporciona ao juiz capacidade de suprir a falta de lei que coloque em risco o respeito aos direitos fundamentais, fazendo do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade.

Neste diapasão, vale registrar a mudança de posição de Canotilho, utilizando dos ensinamentos de Krell (2002, p. 67):

Na doutrina constitucional contemporânea, comenta-se a mudança na linha doutrinária do famoso constitucionalista português Gomes Canotilho. Na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, publicada em 1982, ele defendia a tese de que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais seriam capazes de obrigar o legislador a criar as respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização dos preceitos constitucionais.

(...)

Ultimamente, Canotilho revidou a este posicionamento declarando-se agora adepto de um “constitucionalismo moralmente reflexivo” (...) O modelo da Constituição Dirigente, hoje, também estaria imprestável perante a transformação de ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, onde as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais.

Não obstante, comungamos com a opinião de Krell (2002, p. 69), ao comentar referida mudança de entendimento:

Essa mudança de visão se deve certamente à forte influência da doutrina tradicional alemã e à situação social alterada de Portugal no seio do processo de integração econômica e política na União Européia, que proporcionou ao país uma prosperidade e estabilidade econômica e social jamais vivenciada antes, mas que definitivamente não é transferível, sem os devidos ajustes, ao sistema jurídico e social do Brasil.

Krell (2002, p. 70) assevera que as condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no início do século XXI não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas sim um desenvolvimento robusto, firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Constituição Federal de 1988, de modo que no

<sup>10</sup> Da lição entre um sistema da legalidade [*L'État legal* ou Estado de Direito alemão – códigos] em um sistema de criação judicial [*rule of law* – controle de poderes e vinculatividade das decisões judiciais] surge a particularidade híbrida dos sistema brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, dessarte e como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o Poder Judiciário exerce sobre a jurisdição. Trata-se portanto de uma riqueza sem igual para a potencialidade institucional do Poder Judiciário. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Brasil, o Poder Público tem necessariamente um outro papel que o da Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente superior ao nosso.

Neste sentido, Sampaio Júnior (2008, p. 93) corrobora:

Democracia só existe quando os direitos dos cidadãos são cumpridos. Imaginar, por exemplo, que o direito à liberdade do cidadão em todos os sentidos não é respeitado pelo poder público significa dizer que, nesse caso, não há o que falar em Estado Democrático. Não se pode admitir – a partir da idéia de que em uma democracia deve sempre prevalecer a vontade da maioria – que se descumpram os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Por fim, Sampaio Júnior (2008, p. 98) registra que a judicialização da política é uma realidade mundial, reflexo natural do surgimento das constituições escritas e sua vinculação a todos os ramos do direito no Estado Democrático. Neste sentido, ensina ainda o referido autor que não há como pensar em um país que tenha positivado os direitos humanos, estabelecidos na Declaração Universal de Direitos do Homem, trazendo-os agora como fundamentais, sem que se perquirira sobre a imanente atuação do Poder Judiciário em todas as arenas, inclusive políticas.

O ativismo jurisdicional advindo do movimento neoconstitucionalista, como Andreas Krell (2002), jurista alemão, registra, é essencial para que o Brasil consiga efetivar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, por meio de real cumprimento dos mandamentos constitucionais de sua Carta Constitucional de 1988, o que impõe novas formas de ver o direito, de interpretá-lo e aplicá-lo, o que será objeto de nosso próximo capítulo.

## **II - A IMPORTÂNCIA DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, EM ESPECIAL POR MEIO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM**

Servo da lei, muito juiz não foi fiel à justiça (JOSÉ RENATO NALINI).

A nova Hermenêutica Constitucional é fruto da superação da ordem jusprivatista representada pelo positivismo jurídico estanque, completamente afastado dos valores éticos morais que devem acompanhar o direito. É possível observar a superação desta fase positivista principalmente a partir da segunda metade do Século XX, após os horrendos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, dos regimes Fascistas e Nazistas, na Europa, e da redemocratização do Brasil, com a Constituição Federal de 1988.

Infelizmente, a humanidade precisou assistir atônita às ações praticadas pelo Regime Fascista na Itália, Nazista na Alemanha, e às ações praticadas pelas Ditaduras Latino Americanas, sempre legitimadas pelo positivismo jurídico débil, para reagir em um movimento de valorização da dignidade humana, reaproximando o Direito dos valores ético-morais.

Essa reaproximação, representada, principalmente, pelo declínio do Estado Liberal e pela rápida ascensão do Estado Social, que, por sua vez, possibilitou a concretização do Estado Democrático de Direito, exigiu a criação de uma nova hermenêutica constitucional, afastada das normas estanques, baseada nos princípios e valores, representando a reaproximação da filosofia com o direito.

Não obstante, todos esses movimentos ocorreram de forma muito rápida, de modo que é possível observar grande confusão entre os aplicadores do direito em geral, principalmente entre aqueles tradicionais que ainda não absorveram referidas mudanças, prendendo-se à velhas práticas de interpretação do direito.

Toda essa mudança é indubitavelmente positiva, já que reaproximou o direito dos valores ético-morais, da reflexão, tornando possível a concretização dos direitos fundamentais, principalmente em países periféricos.

Outrossim, faz-se necessário um esforço dos aplicadores do direito em geral para compreender essa nova hermenêutica constitucional e superar as eventuais dúvidas ainda existentes com relação a nova hermenêutica.

### **2.1 A superação da ordem jusprivatista para a órbita juspublicística**

No século XIX foi possível observar o ápice do Estado Liberal e da teoria jusprivatista, com amplo movimento de codificação de leis de cunho eminentemente individualista, que acabou resultando no positivismo filosófico.

O positivismo filosófico, por sua vez, desencadeou o positivismo jurídico, como muito bem enfatizam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p. 334):

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentais [...].

Este distanciamento do direito dos valores ético-morais provocados pelo positivismo exacerbado serviu de base para os regimes Fascista na Itália e Nazista na Alemanha, cujos atos praticados mancharam para sempre a história da humanidade. Referidos atos só foram possível em razão de serem fundamentados e justificados por leis ilegítimas, porém em vigor. Neste contexto, por mais absurdas que fossem as ações praticadas, estavam devidamente positivadas em leis, senão vejamos:

[...] Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e da obediência a ordens emanadas da autoridade competente [...] (BARROSO e BARCELLOS, 2008, p.336-337).

O distanciamento da lei para com os valores morais e os acontecimentos históricos fundamentados cegamente no positivismo jurídico fora registrado também por Dimoulis e Martins (2008, p. 279):

**Decerto, o impacto do Terceiro Reich “gravitava nas mentes” dos juízes que se esforçavam para se distanciar de correntes hermenêuticas do passado (positivistas ou imbuídas de valores racistas e nacionalistas), integrando na argumentação elementos de direito natural de inspiração anglo-saxônica (cfr. a citação de Benjamim Cardozo na decisão) assim como referências a valores democráticos. Isto explica a profusão em torno do conceito de “ordem axiológica objetiva” (grifo nosso).**

Referidos autores comentam em sua obra o julgamento, pelo Tribunal Alemão, do caso Luth<sup>11</sup>, que ficou famoso por ser considerado marco histórico da criação da nova dogmática relacionada à liberdade de expressão e aos direitos fundamentais. Iremos estudar mais detalhadamente referido julgamento à frente.

Guerra Filho (2007, p.143), também faz registro, em sua obra: **Teoria Processual da Constituição**, dos acontecimentos do regime nazista e a repugnância ao positivismo que se seguiu:

A referência feita a um jargão em língua alemã não foi mero acaso, pois é da recente experiência constitucional alemã – quando após a hecatombe nazista se retoma o projeto político-jurídico anti-positivista da época da República de Weimar – que se extrai os melhores subsídios para aprofundar a questão aqui colocada, da necessidade de desenvolver uma forma específica de interpretar a Constituição. O contato com essa experiência modelar mostra como a nova metódica hermenêutico-constitucional resultou de uma íntima colaboração entre produção teórica e elaboração jurisprudencial, em nível de jurisdição constitucional.

Apesar das atrocidades provocadas pelos movimentos nazista na Alemanha e fascista na Itália, fundamentados cegamente no positivismo débil, referidos fatos históricos contribuíram, como foi possível observar para a decadência do positivismo. Barroso (2008, p.28) leciona que o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico, de modo que a aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório do pós-guerra, promovendo no constitucionalismo moderno a reaproximação entre ética e Direito.

É neste contexto histórico que é possível observar o declínio do positivismo e a ascensão do pós-positivismo com a reaproximação do direito dos valores éticos e morais.

Neste diapasão, ocorre a superação da ordem jusprivatista, dando lugar a ordem juspublicística, de modo que a teoria dos princípios, como assevera Paulo Bonavides (2008, p. 294), chega à presente fase do pós-positivismo promovendo a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, provocando a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos

---

<sup>11</sup> Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direitos contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* [eficácia horizontal] dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites [*Wechselwirkung*], da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p.264).

princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação da normatividade dos princípios, que não mais são vistos como normas programáticas; o reconhecimento definitivo da positividade e concretude dos princípios sobretudo por obra das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse deslocamento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios sobre as leis.

## **2.2 A ascensão dos direitos e garantias fundamentais e de seus princípios no pós-guerra**

Péres Luño (1999, p.122) assevera que ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, foi possível observar grande renovação constitucional em razão das novas exigências políticas e sociais, estigmatizadas, segundo se constata na quase integralidade das Cartas, por uma reafirmação da fé na legalidade democrática e nos direitos fundamentais, com preeminência dos direitos sociais.

Como visto no tópico anterior, os acontecimentos horrendos da Segunda Guerra Mundial, legitimados em parte em razão do positivismo exacerbado nos regimes fascista e nazista, foram fundamentais para provocar o declínio do modelo jusprivatista e legitimar a renovação das cartas constitucionais, com a consequente sobrevalorização dos direitos fundamentais e sociais, verdadeira pilastra sustentadora da legalidade democrática.

Luis M. Cruz (2006, p. 10-11) apresenta lição que não poderíamos deixar de transcrever em razão da forma como demonstra a influência dos acontecimentos da II Guerra Mundial no nascimento da nova ordem hermenêutica constitucional:

La generación de profesores de Derecho constitucional que vivió directamente el régimen nacional-socialista, la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias, quiso construir sobre los escombros de 1945 un orden nuevo y mejor, y establecer un dique frente a cualquier posible retorno a la situación anterior. Esta pretensión se manifiesta claramente en el primer comentario a la Ley Fundamental, publicado en 1958 por los profesores Theodor Maunz, de la Ludwig Maximilians – Universität München, y Günter Dürig, de la Eberhard – Karl – Universität Tübingen. Este comentario, sustentado por el ímpetu y el énfasis de esta generación, há de considerarse, por ello, como um trabalho sobre los fundamentos del nuevo orden jurídico-constitucional.

O esforço para repudiar os acontecimentos horrendos da hecatombe nazista faz nascer desta forma a nova hermenêutica constitucional, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, como ensina Luis M. Cruz, citando lição de Dürig: “Tomando

como punto de partida la dignidad humana, Dürig concibe la Constitución como un sistema de valores global que al mismo tiempo resulta ser un sistema lógico-jurídico de derechos [...]” (DÜRING apud CRUZ, 2006, p.12).

Como podemos ver, principalmente no pós-guerra, ocorreram mudanças de paradigma na forma de pensar o Direito. Eduardo Ritt (2002, p. 47), neste sentido leciona que os novos direitos passam de individuais a sociais em todas as matizes: dos trabalhadores, das mulheres, das crianças, do meio ambiente, do consumidor, tornando-se as relações humanas cada vez mais complexas em razão das transformações sociais, da tecnologia, típicos de uma sociedade de massa, em permanente mutação.

Em um curto período da história passamos do Estado Social, para o Estado Democrático de direito, no qual se verifica que não adianta apenas prever um razoável rol de direitos fundamentais, mas sim, buscar formas de tornar referidos direitos efetivos.

Neste sentido, leciona Bonavides (2001, p. 219):

Com efeito, o Estado de Direito é o Estado de Justiça. Não é meramente um sistema de leis, porque as leis, segundo a doutíssima lição de Juarez Freitas, podem ser injustas. Podem ser por igual severas demais, dacionianas, tirânicas, cruéis. Leis que não libertam mas oprimem, como nas ditaduras. O arbítrio pode corromper e degradar o Estado das Leis e o Estado das Constituições, mas nunca o Estado Justo, feito precisamente do respeito a lei e à Constituição, à legalidade e a constitucionalidade.  
O Direito é Justo porque é legítimo; só a lei pode ser injusta porque nem sempre é legítima.

Todas essas mudanças obrigaram o aplicador do direito a buscar uma nova hermenêutica, de modo que o desafio desta nova hermenêutica trazida pelo Estado Democrático de Direito, sucessor do Estado Social, que agora busca a concretização dos direitos fundamentais, passa a exigir a participação de todos que, por alguma razão, estão inseridos em algum fato que exige a interpretação da norma na solução de um conflito. Neste sentido, vale lembrar os sábios ensinamentos de Peter Habermas (2002, p.15) “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.

Logo, essa nova hermenêutica constitucional exige uma constituição diferenciada, com normas abertas e princípios, o que exigirá mais dos juristas em geral em busca da justiça, em busca da vontade da constituição, como ensina Hesse (1991, p. 19), para quem a força normativa da constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade, a força normativa da constituição deve se converter em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Assim, embora a constituição não possa, por si só,

realizar nada, ela pode impor tarefas aos juristas, e a constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, de modo que, as determinações constitucionais se transformarão em força ativa apenas quando se fizerem presentes na consciência geral, particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só na vontade de poder, mas também na vontade de Constituição.

Corroborando, faz-se salutar transcrever os ensinamentos do iminente jurista Guerra Filho (1997, p. 16):

Atualmente, uma constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. **Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.** (grifo nosso)

Por sua vez, Cappelletti (1999, p.67) apresenta observações dignas de nota em sua obra: **Juízes Legisladores?**, na qual ensina que independentemente da eventual inserção dos direitos sociais nas constituições, os textos constitucionais e, em seu âmbito, os catálogos dos direitos fundamentais, são normalmente redigidos de forma mais breve e sintética, com implícita menção das leis ordinárias, e os seus preceitos são normalmente formulados assegurando valores tais como: liberdade, igualdade, justiça, democracia, dignidade, de modo a deixar claro a prioridade de certos valores e de regras de procedimentos, como o de tratar todos de forma igual, por exemplo.

Desta forma, no novo contexto trazido pelas cartas constitucionais, no Estado Democrático do Direito, o juiz deixa de ser a boca da lei, como previu Montesquieu, para passar a ser a boca do direito, ou seja, passa a ter papel fundamentalmente efetivo e determinante na interpretação da lei, em busca do direito e da concretização da justiça.

Neste diapasão, assevera Marinoni (2005, p.30):

O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o protetor de um direito que toma em consideração a lei e à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que sua aplicação não é possível diante dos princípios da justiça e dos direitos fundamentais. O neo constitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei. Não é por outra razão, aliás, que Ricardo Guastini afirma que a rigidez da constituição e a sua garantia são condições necessárias de se pensar na “constitucionalização do ordenamento jurídico” [...].

Mauro Cappelletti (1993, p.46-47), neste mesmo sentido, demonstra que na evolução da sociedade moderna, pluralista, não cabe mais o papel de um poder judiciário ausente, apenas aplicador da lei pura e simplesmente, há necessidade de que este, o Poder Judiciário, o “terceiro poder”, assuma a sua responsabilidade perante essas “transformações do mundo real”, elevando-se ao nível dos demais poderes e tornando-se, enfim, o “terceiro gigante”, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Por sua vez, Guerra Filho (1997, p. 36) corrobora, esclarecendo que o poder judiciário não pode mais se limitar à mera função de aplicação do Direito, devendo, assumir sua responsabilidade, seu papel criativo, de produtor do direito, para conseguir vencer os conflitos sociais do mundo atual.

No Estado Democrático de direito, não cabe mais ao jurista aquela concepção limitada de que o direito se resume à lei que está em vigor, isso foi superado, principalmente depois das atrocidades a que a humanidade assistiu, legitimada por essa máxima de se cometer absurdos contra seres humanos, desrespeitando direitos fundamentais, ações essas “legitimadas” por leis positivadas, ou pela, simplesmente letra morta e seca da lei.

Aliás, o iminente jurista Paulo Bonavides (2001, p. 219) faz anotações dignas de reprodução: “O Direito é Justo porque é legítimo: só a lei pode ser injusta porque nem sempre é legítima”.

A contribuição do movimento pós-positivista torna clara a noção de que não se pode mais querer que o juiz seja mero aplicador da lei seca, refém de leis que podem sequer ser legítimas, devendo assumir um papel ativo, mais responsável na busca do direito.

Cândido Rangel Dinamarco (2008, 2008, p. 320-321) assevera:

[...] É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor; o juiz e o cientista do direito são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado de participação política, relevando as mazelas do direito positivo e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras [...].

Outrossim, é também de Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 321) o complemento da lição, na qual esclarece que a nova hermenêutica constitucional e processual, acentuadamente instrumentalista, superou a fase autonomista do direito processual, que está em vias de extinção, promovendo a relativização do direito-processo, libertando velhos

preconceitos formalistas, de modo que a mentalidade dos juízes esteja acompanhada por obcecada preocupação pelo compromisso com a efetividade da justiça.

### 2.3 Efetivando os Direitos Fundamentais

Guerra Filho (2007, p. 93) ensina que o primeiro passo para distinguir a forma correta de se interpretar a Carta Magna de um ordenamento jurídico está relacionada exatamente com a definição da opção feita pelo legislador constitucional quanto ao modelo de “Estado de Direito” escolhido, ou seja, a concepção clássica de feição liberal ou a concepção pós-positivista de Estado Social de Direito. Sabemos que o legislador constituinte brasileiro optou pela segunda concepção, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em razão de seu momento histórico cultural, obteve êxito no país.

O mesmo autor assevera ainda:

Em um plano jusfilosófico, a antítese registrada exprime-se no confronto, sempre renovado, **entre posições que se apegam ao direito positivado, como o único dotado de validade, e aquelas que, de uma forma ou de outra, não reconhecem uma cisão total entre Ser e Dever-Ser jurídico, buscando, assim, quer em um plano fático, quer em outro plano, metafísico, a verdadeira fonte da validade jurídica** (GUERRA FILHO, 2007, p. 94, grifo nosso).

Como a opção do legislador constituinte de 1988 foi pelo Estado Social de Direito, temos que estudar algumas relações deste estado com os direitos fundamentais, elencados principalmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Uma característica importante da efetivação dos direitos fundamentais está relacionada com o efeito vinculante de referidos direitos. Neste sentido, Anderson Sant’Ana Pedra (2008) apresenta lição salutar quanto a noções do efeito vinculante das normas fundamentais, senão vejamos:

Assim, a força vinculante da Constituição consiste na compreensão de que a Constituição é um conjunto de normas vinculantes, considerando para tanto a ideologia difundida na cultura jurídica, sendo esse um dos elementos essencial do processo de constitucionalização do direito; afinal, cada norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou do seu conteúdo normativo – deve ser considerada como uma norma jurídica genuína, vinculante e sustentável de produzir efeitos jurídicos (2008, p. 51).

Desta forma, a nova hermenêutica constitucional exige a compreensão da força vinculante dos direitos fundamentais, principalmente em razão de uma de suas

características, qual seja, seu reconhecimento universal. Neste diapasão, vale transcrever os ensinamentos de Robert Alexy (2007, p. 41):

Passaram-se, hoje quase no dia, rigorosamente, 50 anos desde que a assembléia geral das nações unidas, em 10 de dezembro de 1948, aprovou a declaração dos direitos do homem universal. Nisso, não se tratou de alguma das numerosas resoluções das nações unidas. Noberto Bobbio designou, acertadamente, a declaração dos direitos do homem universal como a “até agora maior prova histórica para o ‘*consensus omnium gentium*’ com respeito a um sistema de valores determinados”. Que se tratava de um consenso sobre valores fundamentais de significado eminente e estava claro aos 48 estados, naquele tempo, representados na assembléia geral. O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de designar os direitos do homem “como o ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações”. Com isso, então, duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início, claramente, diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal.

Dimoulis e Martinis (2008, p. 104-105) ensinam que nosso ordenamento jurídico evidenciou a condição de eficácia imediata dos direitos fundamentais<sup>12</sup>, ao mesmo tempo em que deixam claro que referidos direitos vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo, de modo que este último não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto de que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes.

Robert Alexy (2007, p. 47), por sua vez, assevera a importância da prioridade que devem receber os direitos fundamentais, senão vejamos:

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Nisto, que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, portanto, para satisfazer sua pretensão de correção, expressa-se a prioridade dos direitos do homem. Direitos do homem estão, com isso, em uma relação necessária para com o direito positivo, que está caracterizada pela prioridade dos direitos do homem [...].

J.J Gomes Canotilho (2003, p. 438), comentando a aplicabilidade direta dos dispositivos constitucionais em Portugal, apresenta circunstancial ensinamento a respeito do efeito vinculante das normas constitucionais, senão vejamos:

---

<sup>12</sup> Referidos autores comentam o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Saraiva, 2009).

[...] Recorde-se o sentido fundamental desta **aplicabilidade directa**: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais [...].

Essas digressões nos remetem, inevitavelmente, à discussão do efeito horizontal dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Desta forma, Dimoulis e Martins (2008, p.113) ensinam que o efeito horizontal possui carácter mediato/indireto e, excepcionalmente, carácter imediato/indireto, de modo que o efeito indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, irradiação) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de protecção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional, o que ficou evidenciado no tópico anterior nos comentários de referidos autores ao parágrafo 1º do artigo 5º de nossa Carta Magna. Por sua vez, os referidos autores ensinam que o efeito horizontal imediato, refere-se ao vínculo de direito das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução de conflitos interindividuais, asseverando que, neste caso, haverá necessidade da intervenção estatal, para o reconhecimento do direito fundamental de uma das partes, mesmo que o conflito seja eminentemente privado.

Completam ainda os iminentes juristas:

Isso indica que um possível reconhecimento do efeito direto não pode prescindir da mediação do Estado. Seu fundamento jurídico consiste novamente no art. 5º, parágrafo 1º, da CF indicando a obrigação do Estado de fazer respeitar os direitos fundamentais com o afastamento ou a reparação de uma agressão oriunda de particulares (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p.113).

Fica demonstrado assim por que os direitos fundamentais podem ser classificados com carácter horizontal de aplicação mediata/indireta e imediato/direto, já que, apesar do carácter direito da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante decisão jurisdicional do Estado.

Finalmente, Dimoulis e Martins (2008, p.113) esclarecem que, geralmente o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações, enquanto que, os particulares devem respeitar os direitos fundamentais conforme forem concretizados por leis infraconstitucionais, podendo ainda, os direitos fundamentais, serem aplicados perante os particulares por

irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente das cláusulas gerais, tais como o princípio da boa fé, bons costumes, função social do contrato etc.

Outra importante característica relacionada à efetivação dos direitos fundamentais pode ser encontrada na vinculação e flexibilidade das normas fundamentais. Não obstante, antes de estudarmos propriamente dita a questão da vinculação e de sua flexibilidade, precisamos entender a diferença entre princípios e normas, de modo que iremos utilizar dos ensinamentos de Alexy (2007, p. 64):

Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, **princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização.** Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Estas são, além de regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. As colisões de direitos fundamentais supra descritas deve, segundo a teoria dos princípios, ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. [...] Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios e, com isso, essencialmente, um litígio sobre ponderação (grifo nosso).

Segundo o referido autor, como foi possível constatar, princípios são mandamentos de otimização, que, quando colidentes, deverão ser resolvidos pelo intérprete por meio da técnica da ponderação dos valores em discussão.

O mesmo autor também faz definição de regras digna de nota:

Completamente de outra forma são as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço da fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção (ALEXY, 2007, p.64).

As regras possuem aplicação mais restrita, diretamente relacionando o caso concreto com a prescrição legal, podendo ser, como vimos anteriormente, até mesmo consideradas ilegítimas.

Desta forma, quanto à vinculação e flexibilidade das normas fundamentais, Alexy (2007, p. 69) chama a atenção para o fato de que em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais, generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente

cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, de modo a serem interpretadas como meras proposições programáticas. Não obstante, a teoria dos princípios, segundo o mesmo autor, pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível, já que declara as normas que são plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível” no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade, de modo que a teoria dos princípios se apresenta como uma solução importante para os casos de vinculação e colisão das normas fundamentais.

Neste sentido, corrobora Luis M. Cruz (2006, p.20) citando ensinamentos de García de Enterría: “[...] lo fundamentalmente nuevo del constitucionalismo contemporâneo es la “fuerza vinculante bilateral de la norma”, esto es, la vinculación la vez de todas las autoridades y todos ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilégios de viejo y nuevo cuño [...]”

Por fim, faz-se necessário ainda, no âmbito das discussões relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais, comentar as três regras extraídas da sentença do caso Lüth, já que referida sentença projetou importantes reflexões que são utilizadas pelo tribunal constitucional alemão até os dias de hoje, e por todos os ordenamentos jurídicos fundamentados no Estado Democrático de Direito. Trata-se de três importantes ideias extraídas de referido julgamento, senão vejamos:

A primeira é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão clássicos contra o estado. Os direitos fundamentais personificam, como diz o tribunal constitucional federal, “também um ordenamento de valores objetivos” (...) Pode-se referir a isso e dizer que a primeira ideia fundamental da sentença - Lüth consiste nisto, que os direitos fundamentais têm não só caráter de regras, mas também de princípios. A segunda ideia, estreitamente unida a primeira, é que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas, muito mais além, “para todos os âmbitos do direito”. Com isso produz-se um “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários. A terceira ideia resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser solucionada. A mensagem mais importante para a vida cotidiana jurídica da decisão Lüth diz, por isso: “torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens” (ALEXY, 2007, p.108).

A hermenêutica constitucional deve observar essas três regras extraídas do caso Lüth como verdadeiros mandamentos a serem seguidos e respeitados. Não obstante, é importante esclarecer que se existe certa posição confortável quanto à aplicação da técnica da subsunção nos ordenamentos jurídicos modernos, existe, também, grande polêmica

relacionada aos critérios da ponderação. Só para citar alguns exemplos, Jürgen Habermas alega que o critério da ponderação poderia tirar a força normativa dos princípios, no que ele chama de perda da “primazia rigorosa”, além do risco das sentenças fundamentadas na ponderação tornarem-se irracionais (ALEXY, p.108).

Estamos em um momento de transição histórico-evolutiva que demonstra a superação de antigas formas de interpretação. Neste sentido, vamos citar os ensinamentos de Lenio Luiz Streck, retirados do prefácio da obra de Antonio Nedel (2006):

A teoria das fontes foi superada pela Constituição; a teoria da norma dá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo fundado na relação epistemológica sujeito-objeto dá lugar ao giro lingüístico-ontológico (*ontologisch Wwendung*). Penso, pois, que o problema do direito é aplicativo. É *applicatio*, como diz Gadamer. E para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar, mas de compreender. Isto significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar, e, enquanto o compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer (NEDEL, 2006, p. 1-2).

Toda a superação do pós-positivismo, representada pela reaproximação do direito aos valores morais e éticos, e por meio do surgimento da nova hermenêutica constitucional pode ser denominada, como ensina Nedel (2006, p.292), como o retorno à realidade concreta da vida, num mundo autenticamente humano, que não pode prescindir da própria dignidade humana. Trata-se, na verdade, da reabilitação humanista do direito mediante uma tópica jurídica.

## **2.4 A gradual evolução da hermenêutica constitucional demonstrada por meio dos modelos: Positivista exclusivo, Positivista Inclusivo, Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total**

Introduzidos alguns parâmetros da nova hermenêutica constitucional, acreditamos ser essencial apresentarmos ainda a evolução científica quanto à aceitação desta nova hermenêutica desde o positivismo até o neoconstitucionalismo do século XXI.

### **2.4.1 Modelos: Positivista exclusivo e Positivista inclusivo**

Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p.444) ensina que o positivismo exclusivo surge da opção de se entender o direito de acordo com os pressupostos escritos por Hans Kelsen em sua obra **Teoria Pura do Direito**, conceitos renovados por Norberto Bobbio em sua obra **Teoria da Norma Jurídica**, que apresentam o modelo em que ocorre a separação completa entre o direito e a moral, afastando o observador do objeto-direito, já que este deve ser totalmente neutro.

Assevera ainda Moreira (2009, p. 444):

[...] O modelo de direito do positivismo exclusivo enquadra-se e é válido, sem ser determinado por qualquer argumento valorativo. Os princípios jurídicos não são destacados por si, e a autoridade competente garante a validade do direito, porque é reconhecida e aceita como tal. Junto com a autoridade competente a sanção é o principal elemento do direito [...].

No modelo positivista exclusivo, temos assim, o retrato da lei legitimada pela autoridade competente, reforçada pela aplicação da sanção, sem qualquer necessidade de legitimação moral. Neste cenário, já sabemos que facilmente podem ocorrer abusos e desvios com drásticas consequências para a humanidade, como já mencionamos no primeiro capítulo ao citar os acontecimentos do regime político Fascista na Itália, Nazista na Alemanha e as ditaduras militares da América Latina.

Obviamente que neste modelo, não é possível, em absoluto, o uso da hermenêutica constitucional contemporânea, porém, será importante para a compreensão de nosso trabalho como demonstraremos a frente.

Por outro lado, quanto ao positivismo inclusivo, Moreira (2009, p. 443) leciona que o positivismo inclusivo ou moderado surgiu de interessante embate doutrinário entre Ronald Dworkin e Hebert Hart. “[...] Hart defendeu-se do ataque de Dworkin e, ao fazê-lo, abriu a guarda, apresentando um positivismo moderado que concorre com o próprio positivismo padrão (hard ou exclusivo) [...]”. Deste modo, segundo ainda Moreira (2009, p. 443-444), os escritos de Ronald Dwordin produziram importantes modificações, não somente na compreensão das regras e dos princípios, em modelo diferenciado do que se pressupunha até então, mas também com relação à nova postura de defesa ao positivismo, tomada com a resposta de Heert Hart às críticas de Ronald Dworkin, que acabaram por provocar o surgimento do positivismo moderado.

Assevera ainda Moreira (2009, p. 445-446):

O positivismo inclusivo trabalha, sobretudo, com as fontes sociais, de modo que tal relação entre fato social e norma é pressuposto do modelo. Os princípios jurídicos passam a ser considerados, mas sua aplicação se dá de forma supletiva, isto é, utilizável quando a lei for omissa e não houver solução normativa para o caso. Os conteúdos de argumentação moral ocorrem portanto, de forma contingente, a depender da regra de reconhecimento. A integração entre o direito normatizado e o fato social é o principal elemento do direito [...]”.

É importante destacar que por conta da defesa de Hart às críticas de Dworkin, surgiu uma pequena abertura hermenêutica no modelo positivista que ficou menos severo, passível de interpretação nos casos em que se verificava a omissão da lei. Isto, é claro, representa uma grande evolução para a época, porém, referida evolução, como o próprio Moreira (2009, p.444) leciona, não foi suficiente para salvar o modelo positivista que entrou em forte crise na metade do século XX.

#### 2.4.1.1 Sucinta comparação entre os modelos positivista exclusivo e positivista inclusivo:

Eduardo Moreira Ribeiro (2009, p. 450-452) apresenta quadro bem didático comparando os modelos: Positivista Exclusivo, Positivista Inclusivo, Neoconstitucionalista Teórico e Neoconstitucionalismo Total, de modo que aproveitaremos, neste momento, parte de referido quadro no concernente à comparação dos dois primeiros modelos:

#### Quadro 3: Sucinta comparação entre os modelos Positivista Exclusivo e Positivista Inclusivo

| <b>POSITIVISMO EXCLUSIVO</b>  | <b>POSITIVISMO INCLUSIVO</b>  |
|---|---|
| <b>DEFINIÇÃO:</b> Trabalha a concepção jurídica, por uma teoria do ordenamento, fundada na teoria das fontes, pensadas a partir do direito privado como vetor maior de aplicabilidade | <b>DEFINIÇÃO:</b> Trabalha a concepção jurídica por uma teoria do ordenamento, fundado na antiga teoria das fontes, dissociadas do direito constitucional. Diz-se positivista pela primazia de uma teoria da norma jurídica, porém flexibiliza o pensamento de Hans Kelsen. |
| <b>RELAÇÃO DIREITO-MORAL</b><br>Não há nenhuma relação do direito com a moral.<br>A sanção e a autoridade competente são os principais elementos desse modelo.                        | <b>RELAÇÃO DIREITO-MORAL</b><br>A moral é contingente, dependendo da regra de reconhecimento [Herbert Hart].<br>É o fator social ligado às normas, o principal elemento do direito.   |
| <b>PRINCIPAIS ELEMENTOS</b><br>Trabalha o direito normatizado, e o ponto de vista é do observador externo.  | <b>PRINCIPAIS ELEMENTOS</b><br>Trabalha o direito normatizado e as fontes sociais, e o ponto de vista é do participante interno.  |

|  |  |
|--|--|
|  | Trabalha o direito normatizado já com relativa textura aberta.   |
| <p align="center"><b>RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b></p> <p>Não há elaboração de uma teoria de princípios. A proeminência do estudo jurídico continua a ser a teoria da norma.</p> | <p align="center"><b>RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b></p> <p>Aceita os princípios como integradores e supletivos, que, na falta de regra, podem ser argüidos.</p> |

(MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009)

#### 2.4.2 Modelos: Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total

Moreira (2009, p.446-447) faz questão de esclarecer que um adepto do positivismo inclusivo não teria condição de se adequar ao neoconstitucionalismo, já que o positivismo inclusivo teria sido idealizado como arranjo que flexibilizava o modelo positivista exclusivo como uma forma de sobrevivência do modelo em decorrências das severas críticas que vinha sofrendo, principalmente por Dworkin.

Faz-se necessário destacar essa observação porque o neoconstitucionalismo se apresenta como uma nova teoria para o direito, totalmente antipositivista e incompatível com a teoria defendida por Kelsen, surgindo o que primeiro se convencionou chamar de pós-positivismo. Não obstante, Moreira (2009, p. 447) assevera:

A passagem, entretanto, não se deu do positivismo inclusivo para o neoconstitucionalismo, e isso é muito importante demarcar. Primeiro apareceu uma onda doutrinária que foi denominada “pós-positivismo”, trazendo importantes percepções que desaguaram em uma nova proposta de teoria do direito. [...] Somente com a identificação de que havia necessidade de uma nova teoria de direito é que outros elementos foram arranjados, e o termo pós-positivista foi abandonado, para então se adotar o termo “neoconstitucionalismo”, de aceitação internacional.

É interessante observar desta forma que tivemos uma pequena abertura hermenêutica após o embate entre Dworkin e Hart que, em defesa das severas críticas daquele, acabou por apresentar um modelo de positivismo flexibilizado, que mais tarde sucumbiu aos novos modelos que vieram a ser denominados de modelos neoconstitucionalistas.

Esse foi o caminho percorrido para o surgimento da nova hermenêutica constitucional, de modo que se iniciou na flexibilização do modelo positivista exclusivo, surgindo o modelo positivista inclusivo e se consolidou nos modelos neoconstitucionalista teórico e neoconstitucionalista total que iremos ver agora, ainda que brevemente, já que o

objeto deste tópico se circunscreve apenas em demonstrar a evolução hermenêutica ocorrida em referidos modelos.

Antes de abordarmos os modelos citados, vale destacar uma importante característica hermenêutica comum destes modelos, qual seja, a pretensão de correção como critério racional regulador do direito, e como faz questão de lecionar Moreira (2009, p. 448), “[...] seus elementos principais são a ponderação e a possibilidade técnicas para a solução dos conflitos, sobretudo dos casos difíceis. A ponderação é veículo da argumentação jurídica, a qual assume papel destacado [...]”.

Moreira (2009, p. 448-449) ensina que o neoconstitucionalismo teórico se limita a questões estritamente jurídicas, relacionadas à aplicação do direito e à teoria do direito, de modo que alguns autores denominaram este modelo de neoconstitucionalismo normativo. Salienta ainda, que o que diferencia este modelo do neoconstitucionalismo total, é o fato de que “[...] o modelo neoconstitucionalista teórico nega veementemente muitas das propostas de neoconstitucionalismo como filosofia do direito e como filosofia política do Estado, tidas como de amplitude exacerbada”.

Para os defensores do neoconstitucionalismo teórico, ocorre uma aproximação exagerada no neoconstitucionalismo total com a filosofia do direito e a filosofia do Estado, que acabaria por gerar uma abertura muito grande e discricionária para o julgador.

Já quanto ao constitucionalismo total, leciona Moreira (2009, p. 448) que neste modelo ocorre a necessária conexão entre o direito e a moral, com *plus* relacionado à política, razão pela qual o neoconstitucionalismo total atua nas decisões dos demais poderes, pelo caráter substancial da Constituição:

[...] invadindo terreno antes impensável – a filosofia-moral, as práticas processuais-jurídicas-argumentativas, as questões político-sociais - e, pela primeira vez, começa-se a conceber uma teoria política do Estado que parte do estado real de direito, considerando as bases constitucionais e adequando a recepção dos problemas nacionais e internacionais às mesmas. Avança mais, portanto, adotando concepções mais radicais do que as lidas pelos adeptos do neoconstitucionalismo teórico e aprofunda-se em temas que promovem a reorganização do Estado Constitucional, comprometido com as questões da democracia vigente [...] (MOREIRA, 2009, p.448).

O modelo surgido principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, evoluindo para o neoconstitucionalismo total, exige um empenho muito grande dos juristas em geral para compreender a nova hermenêutica jurídica que ainda está em construção.

### 2.4.2.1 Sucinta comparação entre os modelos: Neoconstitucionalismo Teórico e Neoconstitucionalismo Total

Para facilitar a comparação ocorrida na evolução entre os modelos teórico e total, iremos mais uma vez aproveitar de parte do quadro criado pelo professor Eduardo Ribeiro Moreira (2009, 450-452):

#### Quadro 4: Sucinta comparação entre os modelos neoconstitucionalista teórico e neoconstitucionalista total

| <b>NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO</b>   | <b>NEOCONSTITUCIONALISMO TOTAL</b>  |
|--|---|
| <b>DEFINIÇÃO:</b> (somente como teoria do direito)<br>Estabelece o direito constitucional como o centro do ordenamento e da teoria do direito, em que os outros campos jurídicos são todos constitucionalizados. Afirma-se como antipositivista e antijusnaturalista.                        | <b>DEFINIÇÃO:</b> Faz a união entre o direito constitucional e a filosofia do direito, em que os dois estudos ocupam o ponto máximo, regendo conjuntamente o ordenamento. Aceita as premissas conquistadas o neoconstitucionalismo teórico, como ponto de partida. Diz-se antipositivista e quer chegar, ainda, a ser também vetor da filosofia do direito aplicada e da filosofia política do Estado: um completo novo paradigma.  |
| <b>RELAÇÃO DIREITO-MORAL</b><br>Parte da conexão entre direito e moral, embora tal medida não seja um consenso entre seus adeptos. Trabalha seu principal elemento, os princípios constitucionais, estabelecidos e a serem preenchidos, pela argumentação jurídica que já integra o direito. | <b>RELAÇÃO DIREITO-MORAL</b><br>Faz conexão necessária entre o direito e a moral por via dos princípios e insere a política na relação e todos os seus efeitos. A moral é sofisticada pela pretensão de correção, ponto máximo da racionalidade prática que concebe também critérios argumentativos procedimentais. A pretensão de correção afasta o uso errado da moral e privilegia a racionalidade prática que concebe também critérios argumentativos procedimentais. A pretensão de correção afasta o errado da moral e privilegia a racionalidade prática e o sistema de princípios jusfundamentais, todos eles os principais elementos do direito. |
| <b>PRINCIPAIS ELEMENTOS</b><br>Trabalha o direito em um sistema de regras e princípios, e o ponto de vista é o do participante interno ativo. Trabalha o direito, com textura necessariamente aberta.  | <b>PRINCIPAIS ELEMENTOS</b><br>Trabalha o direito em um sistema de regras e princípios, estes agindo pela pretensão de correção, e o ponto de vista é do participante interno, ativo e moral. A pretensão de correção emanada dos princípios constitucionais, e argumentativamente justificada, com critérios do direito como integridade (até para o pensamento internacional público) e da coerência, são os principais elementos do direito. Trabalha o direito como ele pode ser, com abertura.   |
| <b>RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b><br>Trabalha uma teoria dos princípios positivados, essencial para o desenvolvimento do modelo, os quais atuam diretamente em todo o sistema, principalmente pela leitura da constitucionalização do direito.                                | <b>RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b><br>Trabalha uma teoria dos princípios positivados que sempre podem ser utilizados e aceita o aproveitamento dos princípios implícitos, além de propor um novo modelo de teoria do direito e de filosofia de direito, em que se utiliza, necessariamente, da argumentação jurídica. Retoma a Teoria da Justiça agregando suas teses formais   |

|  |              |
|--|--------------|
|  | e materiais. |
|--|--------------|

(MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009)

O quadro formulado por Moreira (2009) apresenta de forma absolutamente didática as divergências existentes entre os modelos constitucionalista teórico e total que servem para demonstrar a robusta evolução hermenêutica ocorrida no período.

### 2.4.3 Destaques para a evolução hermenêutica ocorrida entre os modelos Positivista exclusivo, Positivismo inclusivo, Neoconstitucionalismo teórico e Neoconstitucionalismo total

Iremos destacar de forma didática e clara o caminho percorrido pela hermenêutica entre os modelos que estudamos. Em inspiração ao professor Moreira (2009), apresentaremos nossas conclusões também por meio de um quadro, agora, preocupado em destacar apenas as nuances relacionadas com a hermenêutica constitucional que surgiu e que ainda se encontra em discussão:

#### Quadro 5: Evolução da relação entre direito e moral na hermenêutica constitucional

| <b>EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b> |  |  |   |
|---|--|--|---|
| <b>POSITIVISMO EXCLUSIVO</b>  | <b>POSITIVISMO INCLUSIVO</b>   | <b>NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO</b>   | <b>NEOCONSTITUCIONALISMO TOTAL</b>  |
| Nenhuma Relação   | Pequena relação apenas de forma contingente para solução de lacunas. | Defende a conexão entre direito e moral fundamentando a argumentação jurídica na aplicação dos princípios. | Baseia-se na necessária conexão entre direito e moral efetivando o uso dos princípios constitucionais, aplicando os valores morais de forma aperfeiçoada na busca da racionalidade através da prática de critérios argumentativos procedimentais. |
| <b>EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b>     |  |  |   |
| <b>POSITIVISMO EXCLUSIVO</b>  | <b>POSITIVISMO INCLUSIVO</b>   | <b>NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO</b>   | <b>NEOCONSTITUCIONALISMO TOTAL</b>  |
| Não existe relação entre a teoria de princípios, se                             | Aceita os princípios apenas de forma contingente                     | Trabalha com uma teoria de princípios positivados que atuam em todo sistema do                             | Trabalha com uma teoria dos princípios positivados, aceitando ainda a existência e  |

|   |  |   |  |
|---|--|---|--|
| circunscreve apenas na teoria das normas. | também, para os casos de lacunas nas regras. | direito em razão da constitucionalização deste. | aproveitamento de princípios implícitos e a utilização de uma nova teoria do direito juntamente com uma nova filosofia do direito, baseada na argumentação jurídica. |
|---|--|---|--|

## 2.5 Alguns modelos de interpretação da constituição apontados por Paolo Comanducci

No tópico anterior, foi possível demonstrar que houve considerável e importante evolução na forma de se interpretar o direito entre os modelos positivista exclusivo, no qual não havia praticamente margem para interpretação, e positivista inclusivo, no qual se iniciou uma pequena abertura para a interpretação nos casos de surgimento de lacunas, enquanto nos modelos neoconstitucionalismo normativo no qual tivemos um grande salto qualitativo de completa mudança política, jurídica, filosófica e cultural quanto às formas de interpretação e, finalmente, no neoconstitucionalismo total, onde ocorreu o aperfeiçoamento da evolução ocorrida até então e o início da construção de um novo modelo jurídico, político e filosófico do direito.

Não obstante, antes mesmo de trabalharmos de forma específica com algumas teorias de renomados juristas quanto à nova hermenêutica constitucional, achamos por bem, apresentar alguns modelos de interpretação da constituição formulados por Paolo Comanducci e demonstrar, a exemplo do tópico anterior, a evolução ocorrida entre esses modelos e a importância deste aperfeiçoamento para a efetividade da justiça e aperfeiçoamento da jurisdição estatal que passam a realmente apresentar resultados práticos com a nova hermenêutica constitucional.

Neste diapasão, Paolo Comanducci (2007, p.53) leciona: “[...] la especificidad de la interpretación constitucional, si existe, depende: a) de modelo de Constitución adoptado; b) de los sujetos que producen e intepretan la Constitución; c) de las técnicas de intepretación que se empleen, y d) de los problemas de intepretación [...]”. Iremos tentar demonstrar as conclusões do referido autor, de forma sistemática e prática para evidenciar a importância da evolução ocorrida nos modelos de constituição existentes e, logicamente, na forma de interpretar referidas constituições de acordo com cada modelo.

Comanducci (2007, 2007, p. 43) ensina que:

[...] Constitución designa aquí a un conjunto de fenómenos sociales (entendida esta expresión en su sentido más amplio) que, en su conjunto y dentro de la esfera jurídico-política, aparecen dotados de máximo valor intrínseco o se presentan como generadores de normas [...].

Esclarece ainda o referido autor que neste modelo a Constituição faz referencia indireta as normas designando uma ordem e estrutura da sociedade e do Estado (COMANDUCCI, 2007, p.43).

Este modelo, na verdade, não teria condição de sobreviver nos dias de hoje, já que se sustenta no modelo positivista que surgiu como desdobramento das revoluções do século XVIII, de modo que são fruto do modelo positivista do governo liberal já, felizmente, superado como já demonstramos no capítulo anterior.

A esse respeito, vale destacar os ensinamentos de Comanducci que faz interessante e esclarecedor ensinamento citando a teoria de Schmitt, senão vejamos:

Schmitt polimiza com el constitucionalismo liberaldemocrático, que con frecuencia es considerado el legítimo heredero del ilustrado-revolucionario: en la contraposición se muestran mejor los contornos de los dos conceptos antagónicos de Constitución. Aquí hago referencia a lo que Schmitt llama el concepto positivo de Constitución, según el cual la Constitución consiste en una decisión total sobre la especie y la forma de unidad política [...] Julgando com la ambivalência del término decisión, que designa tanto a un acto como a su resultado, Schmitt puede asentar la unidad política del pueblo – através un acto (la Constitución) productor de normas – como fundamento de todo el ordenamiento jurídico (COMANDUCCI, 2007, p.46-47).

É muito importante asseverar ainda que o modelo axiológico de constituição concebida como ordem, aqui estudado, representa como podemos ver, o fruto do constitucionalismo pós-revolucionário, que como demonstramos no primeiro capítulo, não garantiu a soberania popular e acabou fracassando.

No modelo axiológico de constituição concebida como ordem, como estamos tratando de um modelo constitucional positivista, obviamente que a interpretação se amarrou às antigas técnicas interpretativas relacionadas à interpretação da lei, ou seja, às velhas técnicas consuetudinárias. Neste contexto, Comanducci (2007, p. 53-54) leciona:

En particular, por lo que se refiere al primer modelo, se trata de interpretar un orden, una esencia (em la concepción de Schmitt); en la mejor de las hipótesis, una praxis consuetudinaria. El productor de la Constitución es el pueblo, concebido habitualmente no como suma empírica de los habitantes de una nación, ni como conceptuado como entidad orgánica, como un organismo. La referencia (como en el caso de Savigny) es en realidad, más al espíritu del pueblo que al mismo pueblo. Resulta obvio que, admitidas estas premisas, el intérprete de la Constitución, lejos

de atribuir significado a un documento (como ocurre cuando se trata de interpretar la ley), atribuye sentido a un objeto natural-cultural.

Neste modelo, como foi possível constatar, a interpretação ocorre como nas antigas técnicas na qual se dá sentido a uma lei, a um texto positivado.

Não obstante, no modelo descritivo de Constituição concebida como ordem, Comanducci (2007, p. 43-44) explica:

El segundo modelo puede ser calificado como modelo descriptivo de la Constitución [...] concebida como ordem (artificial). Constitución designa aqui simplemente un conjunto de fenómenos sociales (entendida esta expresión en su sentido más amplio); es decir, un objeto que no posee valor intrínseco ni genera normas, y que, como tal, puede ser descrito con instrumentos de las ciencias sociales (sociología jurídica y política más preciso, Constitución designa, en esta acepción, una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas; equivale a la estructura fundamental de la sociedad y o Estado.

Este segundo modelo foi utilizado no Antigo Regime, ou seja, antes dos movimentos revolucionários, de modo que estava fadado ao fracasso já que criava uma ordem artificial entre as estruturas sociais e o Estado, como explica Gustavo Zagrebelsky, citado por Comanducci, em lição digna de nota:

[...] los ordenamientos políticos prerrevolucionarios no conocían constituciones en sentido moderno. No se regían por un cuerpo sistemático y preeminente y consignadas por escrito en una carta constitucional. Sus reglas constitutivas se configuraban como constalizaciones de relaciones y equilibrios entre las diversas fuerzas constitucionales involucradas (la monarquía, la Iglesia, la nobleza y la burguesía), cada una de las cuales se hallaba interesada en mejorar la propia condición [...] (ZAGREBELSKY apud COMANDUCCI, 2007, p.48).

O segundo modelo de constituição foi importante, como podemos vislumbrar, apenas para os interesses das classes dominantes do período pré-revolucionário, já que o modelo era utilizado como forma de manutenção e defesa de interesses de pequenos grupos em prejuízo de toda sociedade.

Quanto à interpretação, neste segundo modelo, Paulo Comanducci (2007, p. 54) inicia seus ensinamentos esclarecendo que a interpretação no segundo modelo de constituição pressupõe o uso do terceiro modelo de constituição, já que o segundo modelo estabelece a constituição como uma forma de provocar uma ordem em busca de equilíbrio entre os órgãos constitucionais que irão se incumbir de promover a interpretação da constituição.

Na verdade, o segundo modelo é base para a criação do terceiro e quarto modelos que irão se aperfeiçoar e provocar a evolução que buscamos na nova hermenêutica constitucional. O segundo modelo provoca as discussões sobre quais deveriam ser os órgãos estatais responsáveis pela criação e interpretação da constituição, senão vejamos:

En cuanto a los órganos que pruden la Constitución, em el tercer modelo, está claro que son, al menos em parte, diversos de los órganos que producen la Constitución-documento. Se trata de órgano que, a través de la interpretación de la Constitución-documento, determinan el de la Constitución-disposición son, al menos em parte, diferentes de los que producen la Constitución-norma. Estes últimos son aquellos que de hecho, y dentro de um determinado sistem apolítico, tienen el poder de interpretar con autoridad la Constitución-documento: del variable juego de las influencias y de los recíprocos condicinamientos de esos órganos brotará, de vez em vez, el significado contingente de la Constitución-documento, es decir, de la Constitución como norma. Para clarificar esta última noción, la ciência política y la teoría del derecho de inspiración realista harán uso de los instrumentos habituales de estudio lexicográfico y de análisis epírico de los comportamientos institucionles (COMANDUCCI, 2007,p. 54).

Outrossim, temos o modelo descritivo de constituição concebida como norma, na qual Paolo Comanducci (2007, p.44) leciona:

[...] el tercer modelo puede ser calificado como modelo descriptivo de la Constitución concebida como norma. [...] Constitución designa, en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinárias o expresadas en un documento que, respecto as las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, funantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas).

O referido autor destaca ainda que esse modelo de constituição é fruto das elaborações dos modelos formulados a partir da revoluções americana e francesa dos séculos XIX e XX e que conservam sua hegemonia na dogmática jurídica da Europa continental, ou seja, a Constituição é vista em seu sentido formal (COMANDUCCI, 2007, p.44).

É possível identificar claramente dois pólos característicos deste modelo. No primeiro pólo, a Constituição está representada por um conceito de Constituição como norma simplesmente documental, de modo que a Constituição designa qualquer documento normativo que se chame constituição ou lei fundamental. Logo, por essa característica a Constituição pode se distinguir das demais leis por meio de alguma característica formal, como por exemplo uma maior rigidez no procedimento de produção e revisão de seus textos (COMANDUCCI, 2007, p. 50)

No outro polo característico identificado por Comanducci (2007, p. 51) “[...] está representado por un concepto de Constitución (como norma) fundado en el contenido:

Constitución designa sólo aquel documento normativo, o aquella parte, que contenga un específico contenido normativo [...]”.

Esclarece ainda o referido autor que Constituição, tendo por base este polo característico, apresenta-se como uma “meta norma” que determina a forma de produção do direito e de instituição dos organismos máximo dos poderes do Estado (COMANDUCCI, 2007, p.51).

Quanto à interpretação apresentada neste terceiro modelo, ou seja, no modelo descritivo de Constituição como norma, Paolo Comanducci (2007, p.55) assevera que o referido modelo se apresenta como uma espécie de gênero da interpretação jurídica já que ao mesmo tempo pretende estudar as formas de interpretação da lei e também da Constituição. Este modelo se apresenta de forma complexa com diversidade de autores que sustentam posições diferentes em alguns momentos convergentes e em outros momentos divergentes, de modo que Comanducci utilizou-se dos trabalhos de Luis Prieto Sanchís e Riccardo Guastini para apresentar algumas posições quanto a forma de interpretação do presente modelo.

Neste sentido, Comanducci (2007, p. 56) leciona que segundo Guastini “[...] la especificidad de la interpretación constitucional podría depender de tres factores: a) los agentes de la interpretación; b) las técnicas de interpretación; c) los problemas de la interpretación [...]”.

Não obstante, acreditamos que o modelo defendido por Pietro Sanchís está mais condizente com o nosso sistema constitucional e com relação ao que pretendemos defender neste capítulo quanto ao uso da interpretação constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais por meio do uso de mecanismos processuais, senão vejamos:

Sin embargo, si se adopta un punto de vista normativo – es decir, si se plantea la cuestión de las técnicas de interpretación y de argumentación que deben ser usadas por los jueces - , Pietro Sanchís opina que tanto el juez ordinario como el constitucional deben otivar racionalmente (en el sentido de Alexy y Taruffo) sus decisiones y presentarlas como la mejor expresión de la razón práctica. Y em eso no habría ninguna especificidad de la interpretación constitucional (COMANDUCCI, 2007, p.59).

Comanducci (2007, p. 59), ainda citando os ensinamentos de Pietro Sanchís, ensina que será racional a motivação que satisfaça ao menos os requisitos que se seguem:

1) Sinceridade e transparência: com relação à sinceridade, significa expor todos os critérios relevantes ao caso, sua origem e implicações e os argumentos que permitem

interferir na decisão a partir das premissas apresentadas; e com relação a transparência como necessidade de utilizar uma linguagem gramatical inteligível, capaz de persuadir;

2) Respeito aos antecedentes: este requisito está fundado na característica dos comuns “[...] la integrity de Dworkin [...]” que se baseia no princípio da universalização, que, por sua vez, manda tratar de modo igual todos os casos iguais.

Para Pietro Sanchís, citado por Comanducci (2007, p.59-60), há especificidade na justiça racional do juiz constitucional em razão dos seguintes motivos:

a) Porque com freqüência os juízes constitucionais trabalham com princípios e portanto com casos difíceis, de modo que é muito importante que sejam justificados todos os raciocínios que levaram à decisão;

b) A técnica de motivação que se sustenta no juízo de racionalidade varia de um caso para outro por haver uma cobrança maior dos juízes constitucionais do que dos juízes ordinários na argumentação, ou seja, nas justificativas que levaram a determinada decisão;

c) A justificação, ou seja, a motivação do juiz ordinário permite o controle social de suas decisões pelos juízes superiores e pela opinião pública. A justificação dos juízes constitucionais que não é uma operação a partir do direito e sim que é o direito, atividade que reconstrói o sistema jurídico deve ser particularmente cuidadosa;

d) O julgamento do juiz constitucional é mais oportuno que o do juiz ordinário que repete os antecedentes, porque as decisões interpretativas são mais livres e podem colocar em perigo a coerência do sistema e o princípio da universalidade.

Já quanto ao modelo axiológico de Constituição como norma, Comanducci (2007, p. 44) ensina que a Constituição designa um conjunto de regras jurídicas positivadas, consuetudinárias, que são consideradas regras fundamentais e hierarquicamente superiores com relação às outras regras, com a percepção ainda, o que diferencia do conceito do modelo anterior, de que a Constituição se apresenta carregada de valores intrínsecos, sendo considerada valorada por si mesma.

Assevera ainda Comanducci (2007, p. 52-53) que neste quarto modelo a Constituição se concebe como um documento normativo com características específicas que a distinguem de todos os outros documentos normativos, em especial da lei, podendo ser destacadas as seguintes características:

a) A Constituição se situa no vértice da hierarquia das fontes e modifica qualitativamente essa hierarquia: “[...] El leycentrismo del modelo estatal francés es substituído por la omnipresencia de la Consttución que informa por sí mesma a todo el sistema [...]” (COMANDUCCI, 2007, p. 52). Deste modo, acrescenta ainda Comanducci

(2007, p. 52) toda legislação é compreendida como uma atuação da Constituição e interpretada à luz da Constituição;

b) A Constituição se apresenta como um conjunto de normas a exemplo do terceiro modelo:

[...] Sin embargo, no sólo contine reglas, sino también principios, que son los que la caracterizan. Esses principios no son formulados necesariamente de modo expreso, y podem ser reconstruídos tanto a partir del texto como prescindiendo de él” (COMANDUCCI, 2007, p.52);

c) A Constituição possui uma relação especial com a democracia e um duplo sentido:

[...] c1) hay una conexión necesaria entre (una concepción de la democracia [...] (el cuarto modelo de) Constitución (no puede haber Constitución sin democracia, ni democracia sin Constitución); y c2) la Constitución funciona necesariamente como limite de la democracia entendida como regla de mayoría (COMANDUCCI, 2007, p.52);

d) A Constituição funciona como ponte entre o direito, a moral e a política: a constituição que abre o sistema jurídico a considerações relacionadas aos valores morais em duas frentes: “[...] d1) los principios constitucionales son principios Morales positivizados; y d2) la justificación em el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios Morales (COMANDUCCI, 2007, p.52-53);

e) A aplicação da Constituição se diferencia da aplicação da lei: “[...] no puede hacerse por el método de la subsunción sino que, precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la ponderación o del balance.” (COMANDUCCI, 2007, p.53).

Podemos verificar que o quarto modelo de constituição, aqui elucidado por Comanducci (2007), circunscreve-se no modelo atual de constituição que adotamos no Brasil e que é adotado atualmente na maioria dos países democráticos, de modo que é possível identificar a evolução que ocorreu entre os modelos e consequentemente a evolução hermenêutica que foi se adaptando aos novos modelos.

Outrossim, quanto à interpretação a ser aplicada neste quarto modelo, Comanducci (2007, p.60) citando Dworkin, faz um paralelo entre o quarto modelo de Constituição e o modelo americano, no qual Dworkin ensina que muitas constituições contemporâneas contêm uma declaração de direitos individuais formulados por normas abstratas e genéricas, de modo que a Constituição é, e deve ser, objeto de uma técnica peculiar

de interpretação, vinculando sua interpretação a uma leitura moral de seus princípios “[...] Esa lectura implica el cese de la distinción entre disciplina jurídico-positiva del derecho constitucional y lo que Dworkin llama la moral política (political morality), o sea, una disciplina ético-normativa” (COMANDUCCI, 2007, p.60).

Paolo Comanducci (2007, p. 62) assevera que neste modelo os juízes devem encontrar a melhor concepção dos princípios morais constitucionais para cada caso concreto, senão vejamos:

Los jueces deben encontrar la mejor concepción de los principios Morales constitucionales, em el convencimiento de la Constitución contiene sólo los derechos políticos fundamentales, em su forma más abstracta, y no las preferências em materia de justicia propias de cada intérprete, o de la propia clase o del próprio partido. Ésta es la tesis normativa, que no presupone que los jueces se comporten siempre así. Pero tampoco es cierto, según Dworkin, que se comporten siempre de outra manera, o jueces. La integrity, la historia y la práctica limitan el poder discrecional de los jueces al interpretar la Constitución: lo que resta es la posibilidad de elegir entre aquellas interpretaciones que superen [...] de igual manera a los tests lingüísticos, históricos y de congruência.

O quarto modelo de constituição elucidado por Comanducci, como podemos ver, é o mais próximo dos modelos atuais, adotados pelo neoconstitucionalismo, tanto que referido autor faz questão de registrar sua opinião “[...] Pienso que esta distinción permite a Dworkin y, em geral, a los neoconstitucionalistas borrar la noción de revirement en la interpretación constitucional de la Corte Suprema [...]” (2007, p.64).

Por meio da análise de referidos modelos o leitor atento pode verificar que existe uma conduta a ser adotada pelo aplicador do direito correspondente, obviamente a cada um dos modelos. Assim, é possível até mesmo verificar qual modelo se apresenta de forma mais adequada para o nosso sistema, levando-se em consideração a peculiaridade apresentada em nosso ordenamento jurídico em comparação com os modelos apresentados por Paolo Comanducci (2007).

Assim, parafraseando os ensinamentos de Paolo Comanducci (2007, p.42-46) iremos elaborar um quadro em que compararemos referidos modelos de forma didática para facilitar a compreensão do leitor:

**Quadro n° 6: Modelos de Constituição: axiológico como ordem, descritivo como ordem, descritivo como norma e axiológico como norma**

|                   |                   |                   |                      |
|-------------------|-------------------|-------------------|----------------------|
| Modelo axiológico | Modelo descritivo | Modelo descritivo | Modelo axiológico de |
|-------------------|-------------------|-------------------|----------------------|

| <b>de constituição concebida como ordem.</b>  | <b>de constituição concebida como ordem [artificial]</b>                                       | <b>de constituição concebida como norma.</b>   | <b>constituição concebida como norma</b>  |
|---|--|--|---|
| A Constituição se apresenta não como uma norma, mas sim como um conjunto de fenômenos sociais | A Constituição se apresenta não como uma norma, mas sim como um conjunto de fenômenos sociais. | A Constituição se apresenta como uma norma e não como um conjunto de fenômenos sociais.  | A Constituição se apresenta como uma norma e não como um conjunto de fenômenos sociais.   |
| Modelo axiológico   | Modelo descritivo  | Modelo descritivo  | Modelo Axiológico   |
| A Constituição é vista como ordem dotada de valor e produtora de normas por si mesma.         | A Constituição é vista como uma ordem neutra que não gera normas                               | A Constituição é vista como uma norma entre as outras normas, de modo que é vista como um texto que muitas vezes não difere dos demais textos normativos | A Constituição é vista como uma norma dotada de valor específico, é por si mesma produtora de outras normas e qualitativamente deferente das demais normas do sistema |
| A Constituição é concebida como ordem natural   | A Constituição é concebida como ordem artificial   |  |   |

De todos os modelos estudados aqui, sem dúvida nenhuma, o modelo mais adequado para o pós-positivismo é o quarto modelo, robustamente próximo dos princípios morais, da técnica da ponderação e da argumentação. Essas técnicas certamente facilitam a efetivação dos direitos fundamentais, demonstrando que a evolução hermenêutica alcançada até aqui e ainda em construção pode ser aperfeiçoada ainda mais na busca de garantir um processo eficiente, que ganhou efetividade com a constitucionalização do direito em geral e do processo, como iremos ver no último capítulo.

Não obstante, no próximo tópico, iremos estudar um pouco melhor os modelos defendidos por Dworkin e por Alexy, demonstrando que o modelo de Alexy se adapta melhor ao modelo constitucional adotado no Brasil, já que se assemelha com o modelo alemão.

Até aqui, foi possível demonstrar que a pedra de toque da nova hermenêutica constitucional está situada exatamente no resgate dos valores morais na hermenêutica jurídica, promovendo a reaproximação de direito e moral ao se conscientizar que as ciências humanas jamais poderiam comportar-se e espelhar-se em técnicas das ciências exatas.

Esse resgate e reaproximação dos valores morais na ciência do direito é a pedra de toque da nova hermenêutica constitucional que irá se socorrer na aplicação da teoria

dos princípios, como pudemos ver anteriormente, bem como no reconhecimento do efeito vinculante das normas constitucionais.

Corroborando, Sergio Alves Gomes (2008, p. 212) assevera:

Se a interpretação do Direito se fazia de modo mecânico, restrito ao silogismo da lógica formal e com a falsa impressão de que os métodos de interpretação tudo podem resolver, uma Nova Hermenêutica se faz necessária a fim de que o intérprete se abra a outras perspectivas interpretativas comprometida com os valores do paradigma estatal instituído, a fim de que este se concretize. Essa Nova Hermenêutica há de corresponder às exigências normativas do Estado Democrático de Direito, isto é, do “novo-antigo” modo de se lidar com o Direito, conectando-o com os valores que, no ambiente fático da convivência humana, dão sentido às normas jurídicas positivadas.

Neste diapasão, foi necessário aperfeiçoar a hermenêutica constitucional de modo que não se afastem as antigas formas de interpretação; elas ainda subsistem, porém, a elas se acrescentam novas técnicas, de modo que no próximo tópico iremos estudar rapidamente as técnicas tradicionais de interpretação e as técnicas inovadoras, demonstrando a importância das mesmas, bem como da evolução ocorrida na nova hermenêutica constitucional para a defesa do Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e efetivação da justiça no novo processo judicial que se seguiu às inovações hermenêuticas.

## **2.6 A interpretação constitucional tradicional e a nova interpretação constitucional na efetivação dos direitos fundamentais no processo constitucionalizado**

Barroso (2009, p. 269) inicia sua elucidação quanto ao tema interpretação constitucional tendo o cuidado de esclarecer, ainda que brevemente, o significado das terminologias: hermenêutica, interpretação, aplicação e construção, dada a importância do domínio do significado de referidas terminologias.

Concordando com o juízo de renomado jurista e professor, iremos parafrasear seus ensinamentos apresentando algumas de suas reflexões a respeito do tema.

A hermenêutica jurídica, segundo Barroso, “[...] é o domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito” (2009, p. 269). O termo hermenêutica, espinha dorsal deste capítulo, representa assim os conhecimentos necessários para que o interlocutor consiga compreender e promover corretamente a interpretação do direito. Neste sentido, inicialmente, poderia até mesmo ficar apreensivo o interlocutor, acreditando que Dworkin realmente tinha razão, que o

novo juiz deverá ser um Hércules<sup>13</sup>. Não obstante, demonstraremos no decorrer deste tópico que são técnicas simples que qualquer jurista pode dominar, podendo se socorrer, quando for o caso, dos auxiliares do poder judiciário, como peritos, cientistas etc.

Quanto à interpretação jurídica, Barroso (2009, p. 269) ensina que se trata de revelar ou até mesmo atribuir sentido a textos ou a outros elementos normativos tais como os princípios, os costumes, as decisões de nossos tribunais, buscando solucionar problemas apresentados ao juiz. Esta função se promove mediante uma atividade intelectual fundamentada em métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar à interpretação jurídica legitimidade, racionalidade e controlabilidade.

Outrossim, a respeito da aplicação, esclarece Luís Roberto Barroso que “[...] A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser” (2009, p. 269-270).

Barroso (2009, p. 270) faz importante observação ao lecionar que a interpretação contemporânea não mais enfatiza a dualidade interpretação/aplicação, já que,

A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia enunciado normativo (texto em abstrato), norma jurídica (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e norma de decisão (regra concreta que decide a questão). A singularidade de tal percepção é considerar a norma jurídica como o produto da interpretação, e não como seu objeto, este sendo relato abstrato contido no texto normativo (BARROSO, 2009, p. 270).

O renomado autor faz questão de destacar que não se utiliza aquela interpretação do passado que “[...] era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados [...]”. Como vimos, a interpretação deixou de tratar a norma como objeto e passou a tratar a norma jurídica como produto da interpretação nesta nova hermenêutica. Isso fica bem destacado em outra passagem do mesmo autor “[...] De fato,

<sup>13</sup> Em sua obra: **Levando os direitos a Sério**, Dworkin leciona “O leitor entendera agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos compreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos no âmbito vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal [...] - Suponhamos que Hércules, fazendo valer suas aptidões extraordinárias, se proponha a desenvolver todo este esquema de antemão [...]” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

como já registrado, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade [...]” (BARROSO, 2009, p.287).

Corroborando quanto as mudanças ocorridas na interpretação promovida nesta nova hermenêutica, Sergio Alves Gomes cita ensinamento de Albert Calsamiglia que leciona:

[...] o pós-positivismo muda a agenda de problemas porque presta especial atenção à indeterminação do direito. Desloca-se o centro de atenção dos casos claros ou fáceis para os casos difíceis. O que interessa não é tanto averiguar as soluções do passado senão resolver os conflitos que não estão solucionados. [...] a pergunta que os pós-positivistas querem responder não faz referência ao passado, mas ao futuro (Albert Calsamiglia apud Sergio Alves Gomes, 2008, p. 217).

Por fim, Barroso (2009, p. 270) leciona que no âmbito da interpretação constitucional a construção é um conceito relevante, já que a natureza da Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal etc. Como a Constituição tem por objeto alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas em seu texto, a interpretação consiste na atribuição de sentido aos textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que não fora evidenciadas e além das expressões contidas no texto. “[...] A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas” (BARROSO, 2009, p. 270-271).

Quanto à interpretação constitucional como concretização construtiva, Barroso (2009, p. 286) assevera que o método de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, porém, quando envolvem a interpretação constitucional, são indissociavelmente de natureza política já que o intérprete desempenha uma atuação criativa, por conta da atribuição de sentido às cláusulas abertas presentes no texto constitucional e, conseqüentemente, pelas escolhas entre soluções alternativas, e mais que isso, em razão das conseqüências práticas de seu ato interpretativo, visto que suas decisões irão afetar o equilíbrio dos Poderes e os deveres que lhes são impostos. “[...] Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é explicitá-lo, para dar-lhe transparência e controlabilidade”.

É interessante a observação de referido autor já que fica evidenciado o caráter construtivo da interpretação constitucional, vinculado ao seu caráter político

indissolúvel, por meio da intromissão nas funções dos demais poderes e quanto à influência causada na vida do cidadão.

Corroborando, Sergio Alves Gomes (2008, p. 213) destaca que

[...] no pós-positivismo, retoma-se a Retórica, a Argumentação, a Lógica do razoável, os valores éticos encampados por declarações de direitos, pactos internacionais de direitos humanos e textos constitucionais, a fim de se dar a máxima concretização ao Estado Democrático de Direito, instituído pela vontade popular que, num ato supremo de manifestação da consciência moral, houve por bem erigi-lo por meio da Política, da Ética e do Direito [...].

Ainda com relação à jurisdição que envolve casos difíceis ou fáceis, Barroso faz observações dignas de nota:

A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, **envolvendo a aplicação de regras jurídica, mediante subsunção. Nessas hipóteses, sua dimensão política é minimizada.** Nos casos difíceis, todavia, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política (2009, p. 286, grifo nosso).

Outra importante observação de Barroso (2009, p. 287) se assenta no entendimento da ideia de que a integração de sentido de conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita sempre com base nos valores éticos mais elevados da sociedade, o que caracteriza uma leitura moral da Constituição.

Assevera ainda renomado autor:

[...] Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i. e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtiva, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa (BARROSO, 2009, p. 287).

A interpretação constitucional se impõe desta forma construtivista e concretizadora no sentido de construir significados normativos quando faz a devida interação entre o intérprete, a norma e o problema, apresentando soluções para cada caso concreto.

Elucidados esses conceitos, passaremos rapidamente a tratar de alguns conceitos referentes à interpretação dita tradicional, já que, essa não será descartada por conta da nova hermenêutica e, depois, nos dirigiremos para o tópico final deste capítulo, em que

trataremos dos novos paradigmas da interpretação constitucional, tão importante para a efetivação dos direitos e do Estado Democrático e Social de Direito.

### **2.6.1 Elementos da interpretação constitucional tradicionais**

Como já sabemos que as formas tradicionais de interpretação jurídica não serão descartadas, iremos estudar, ainda que superficialmente, algumas regras de hermenêutica e alguns elementos tradicionais de interpretação jurídica, bem como alguns princípios específicos relacionados à interpretação constitucional, utilizando, mais uma vez, os ensinamentos de Luís Roberto Barroso.

Barroso (2009, p. 287-288) leciona que geralmente o estabelecimento de regras e de princípios hermenêuticos são atribuições reservadas aos doutrinadores, porém, não sendo incomum a positivação pelos legisladores de algumas normas tratando de hermenêutica, como ocorre no Brasil com a Lei de Introdução ao Código Civil que trouxe positivadas algumas dessas regras, bem como o Código Civil de 2002 que traz expressões abertas como o princípio da boa fé objetiva. Hermeneuticamente esta estabelece o dever do comportamento ético na realização dos contratos.

Acrescenta ainda referido autor que “[...] Também originárias do direito civil são as regras de hermenêutica expressas sob a forma de brocados, extraídos da doutrina e da jurisprudência. Embora já não desfrutem de grande prestígio, podem ser úteis em certas circunstâncias” (BARROSO, 2009, p. 289).

Desta forma, fica demonstrado que, apesar de ser, geralmente, sem função dos doutrinadores criarem regras hermenêuticas, nada impede, e não é incomum, encontrar referidas regras positivadas em normas, como a presente na Lei de Introdução do Código Civil que prevê que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Outrossim, como o Brasil é um país de tradição romano-germânica, os postulados normativos possuem grande influência no seu ordenamento jurídico. Assim, Barroso (2009, p. 291) leciona que “[...] a interpretação gramatical funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato [...]”. Assevera ainda renomado autor:

[...] Porém, como regra geral, a atitude do intérprete jamais poderá ser a mera abordagem conceitual ou semântica do texto. Ao contrário, cabe-lhe perquirir o

espírito da norma e as perspectivas de sentido oferecidas pela combinação com outros elementos de interpretação.

Além dos aspectos assinalados acima, deve-se remarcar que a Constituição freqüentemente veicula normas de textura aberta, isto é, com linguagem vaga e conteúdo dotado de plasticidade [...] Vale dizer: a interpretação gramatical não poderá trabalhar com sentidos únicos a serem extraídos dos relatos normativos. Assentadas essas premissas, deve-se enfatizar sua contrapartida: **os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação**. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica (BARROSO, 2009, p. 291-292, grifo nosso).

É importante destacar esta lição de Barroso já que fica muito claro que o intérprete não estará totalmente livre para atuar como estava no positivismo<sup>14</sup>, aqui, o intérprete terá balizado os seus limites, tanto mínimos como máximos no texto normativo e principalmente nos princípios constitucionais.

Quanto à interpretação histórica, Barroso (2009, p. 292-293) esclarece que a análise histórica muitas vezes desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma, principalmente nos países de tradição romano-germânica como o nosso, salientando, no entanto, que poderá assumir relevância maior em situações específicas, citando interessante exemplo brasileiro:

[...] Foi o que se passou com a instituição, entre nós, de contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos. Durante a tramitação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a cláusula destinada a introduzir na Constituição a necessária autorização para tal cobrança foi expressamente suprimida, por decisão dos líderes partidários. Posteriormente, lei federal pretendeu criar o mesmo tributo, procurando dar à referida EC n. 20/98 interpretação que o respaldaria. O Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional, tendo como um dos fundamentos a interpretação histórica (BARROSO, 2009, p. 293).

Muito relevante as observações de festejado autor já que, apesar de mencionar que a interpretação histórica é pouco usada, cita, ao mesmo tempo, exemplo recente de nosso ordenamento jurídico, extremamente elucidado.

Quanto à interpretação sistemática, Barroso (2009, p. 294) evidencia que a ordem jurídica de um país é um sistema e, como não poderia deixar de ser, dotado de unidade e harmonia, de modo que a Constituição é a responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é obtida pela resolução dos conflitos normativos. “[...] Os diferentes ramos do

---

<sup>14</sup> Como já destacamos anteriormente, Eduardo Ribeiro Moreira assevera “[...] O juiz no positivismo tem ampla discricionariedade para resolver os casos não previstos pela lei e atesta, para os demais casos, a subsunção como regra principal da lógica jurídica” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coor.). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009).

Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas [...]” (2009, p. 294).

Como sabemos, principalmente no neoconstitucionalismo, o conseqüente aperfeiçoamento ocorrido pelo neoconstitucionalismo total que tratamos em tópicos anteriores, a constituição assume papel de unidade do sistema como um todo, já que todos os ramos do direito foram constitucionalizados. Logo, a interpretação sistemática sempre deverá levar o intérprete ao entendimento de qual a interpretação mais condizente com a manutenção de todo o sistema jurídico vigente.

Por sua vez, na interpretação teleológica “[...] o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem – estar social [...]” (BARROSO, 2009, p. 295). Dessa forma, esclarece ainda o festejado autor (2009, p. 295) que no direito positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, de modo que chega até mesmo a citar o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>15</sup>.

Assevera por fim Barroso (2009, p. 295-296):

[...] É bem de ver, no entanto, que a interpretação teleológica não pode servir para cancelar o utilitarismo, o pragmatismo e o conseqüencialismo quando isso importe em afronta aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Em uma ordem jurídica lastreada pela ética, os fins devem reverenciar os valores. A interpretação teleológica é freqüentemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais Superiores. A esse propósito, em um conjunto de decisões acerca do tema das inelegibilidades – CF, art. 14 parágrafos 6º, 7º e 9º - a jurisprudência, captando o fim último visado pela disciplina da matéria, assentou que: i) quem não pode candidatar-se a titular do cargo, também não pode concorrer como vice; ii) havendo separação de fato reconhecida por sentença, deixa de existir o parentesco que gerava a inelegibilidade; iii) as partes de uma relação estável homossexual sujeitam-se à mesma inelegibilidade que se aplica à união estável homem e mulher e ao casamento (BARROSO, 2009, p. 295-296).

Do contrário, se pudssemos admitir que qualquer ação poderia ser admitida para atingir um fim pré-estabelecido, nós estaríamos novamente sujeitos aos horrores ocorridos e estudados no capítulo anterior quanto aos fatos legitimados no regime nazista na Alemanha, no Fascismo da Itália e no regime ditatorial do Brasil.

Assim, na interpretação teleológica estará sim o intérprete concentrado em encontrar o fim esperado e positivado no texto, porém, jamais admitindo que se alcance esse

---

<sup>15</sup> Art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: - I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação.

fim sem observar valores ético-morais, para não assistirmos mais uma vez aos horrores da segunda Grande Guerra.

## **2.6.2 Alguns princípios instrumentais necessários para a consecução da interpretação constitucional**

Barroso (2009, p. 297) assevera que a interpretação tradicional se desenvolveu sob a égide do método subsuntivo, fundamentado em um modelo de regras que transmite ao intérprete um papel estritamente técnico na revelação do sentido da norma a ser interpretada, salientando ainda que as normas constitucionais são espécies de normas jurídicas, característica essa conquistada no processo histórico de ascensão científica e institucional da Constituição “[...] libertando-a de uma dimensão estritamente política e da subordinação ao legislador infraconstitucional. A constituição é dotada de força normativa e suas normas contêm o atributo típico das normas jurídicas em geral: a imperatividade [...]].

Neste diapasão, Barroso (2009, p. 297-298) faz questão de esclarecer esses ensinamentos já que a norma jurídica, como norma que é, irá ter sua interpretação realizada por meio de elementos e conceitos clássicos da interpretação em geral, porém faz questão de chamar a atenção do leitor para determinadas especificidades desta norma, como a superioridade jurídica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico, o caráter político, que acabam por desembocar no desenvolvimento de categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional, o que será objeto de nosso estudo neste momento.

### **2.6.2.1 Princípio da supremacia da Constituição**

Barroso (2009, p.299) ensina que a supremacia da Constituição é um dos pilares do atual modelo constitucional de modo que “[...] A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral [...]” (BARROSO, 2009, p. 299).

Assevera ainda referido autor:

Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. [...] Assim, associado à superlegalidade da Carta Constitucional, existe um sistema de fiscalização judicial da validade das leis e atos normativos em geral [...]” (BARROSO, 2009, p. 299).

Corroborando referida lição, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 64) lecionam:

Como decorrência lógica dessa posição hierarquicamente superior, não podemos deixar de analisar a Constituição sob um ângulo de norma fundante. Servirá de vetor para toda a legislação infraconstitucional, fazendo refletir o princípio da supremacia da Constituição. Os atos normativos infra-ordenados são fundados na Constituição e a ela devem obediência, quer no aspecto formal (forma de criação), quer no aspecto material (compatibilidade material do texto infraconstitucional com a regra maior). A legislação infraconstitucional deve conformar-se à Lei Magna.

No primeiro capítulo, chegamos até mesmo a comentar que o Brasil possui um controle de constitucionalidade da lei muito eficiente, já que combina as influências do controle concentrado e do controle difuso. A questão da superioridade da norma constitucional é o sustentáculo da especificidade da interpretação constitucional, como o próprio Barroso (2009, p. 299) faz questão de destacar “[...] a especificidade da interpretação constitucional decorre, em primeiro lugar, da supremacia da Constituição, cujas normas condicionam a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico”. (BARROSO, 2009, p. 299).

Quanto ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, Barroso (2009) apresenta lição digna de nota:

A presunção de constitucionalidade, portanto, é uma decorrência do princípio da separação de Poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial. Em razão disso, não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando:

- a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma;
- b) seja possível decidir questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder;
- c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 300).

Por sua vez, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 65) asseveram que a existência de referido princípio se justifica em razão da necessidade de se demonstrar a força normativa dos atos do Estado, de modo que, não

observando-se referido princípio poderia haver um descumprimento sistemático de regras impostas pelo Estado.

Acrescentam ainda referidos autores:

[...] Como decorrência desse princípio, encontramos a interpretação conforme a Constituição, método utilizado para aproveitamento de um dos sentidos possíveis de interpretação de uma lei, desde que compatível com o texto constitucional, desprezando outras possibilidades interpretativas que levariam à inconstitucionalidade da norma. [...] Ao escolher o sentido que mantivesse a norma no sistema, descartando os demais – que levariam à inconstitucionalidade –, o órgão do Poder Judiciário, a rigor, incrementa o princípio em estudo, partindo do pressuposto de que o elaborador da lei, ao engendrá-la, quis aperfeiçoar a Constituição e não contrariá-la [...] (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 65-66).

Por sua vez, Barroso (2009, p. 299) não deixa de registrar ainda uma importante observação que possui íntima relação com nosso trabalho, já que defendemos uma atuação mais ousada do Poder Judiciário na interpretação e efetivação dos direitos fundamentais, senão vejamos:

[...] Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.

É importante destacar que o ativismo jurisdicional que defendemos e demonstramos no primeiro capítulo não afeta a independência e harmonia do princípio da separação dos poderes, como já demonstramos em referido capítulo. Outra informação importante que se faz salutar reforçar é o fato de que o ativismo jurisdicional em parte se obriga a atuar com um pouco mais de reincidência em razão da incapacidade dos poderes legislativos e executivo de cumprirem adequadamente suas funções por razões também já demonstradas no primeiro capítulo.

### **2.6.2.2 Princípio da interpretação conforme a Constituição**

Anderson Sant’Ana Pedra (2008, p. 53) ensina que “[...] do processo de constitucionalização tem-se a interpretação “adequadora” das leis, ou seja, a interpretação das

leis conforme a Constituição [...]”. Não obstante, quanto à declaração de inconstitucionalidade da lei, renomado autor faz questão de destacar que uma lei só será declarada inconstitucional se não for possível a realização de interpretação que a coloque em sintonia com o ordenamento constitucional, senão vejamos:

Pelo *princípio da interpretação conforme* uma lei não deve ser declarada inconstitucional quando seja possível uma interpretação que a coloque em sintonia com o conjunto normativo-constitucional. E quando um enunciado infraconstitucional apresentar dúvidas com relação ao seu exato significado, deve-se dar preferência à interpretação que lhe coloque em conformidade com os preceitos constitucionais (PEDRA, 2008, p. 54).

É importante destacar que o sistema constitucional deverá sempre estar em harmonia de modo que uma lei será declarada inconstitucional se, e apenas quando, não for possível encontrar interpretação que a harmonize com o ordenamento.

Barroso (2009), por sua vez, apresenta também salutar lição a respeito deste princípio:

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição [...] (BARROSO, 2009, p. 301).

Por meio deste princípio poderá se declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, bem como da adequada interpretação referente a valores da Constituição, conforme leciona Barroso: “[...] a interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis [...]” (BARROSO, 2009, p. 302).

Por fim, corroborando, J. J. Gomes Canotilho assevera que o princípio da interpretação conforme a Constituição, chamado pelo renomado autor de “princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição” “[...] é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

### 2.6.2.3 Princípio da unidade da Constituição

Barroso (2009, p. 302) apresenta que: “[...] O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas [...]”.

Este princípio é interessante, porque em determinados momentos o intérprete se vê em situação de normas opostas, porém válidas, na qual terá que optar pela validade de uma das normas, no caso de conflitos de leis, ou até mesmo, terá que optar por privilegiar determinado valor em detrimento de outro, como nos casos de conflitos de princípios. Neste sentido, Barroso (2009) esclarece:

Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos de outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas (BARROSO, 2009, p. 302).

Neste mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 1223) leciona que “[...] Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]”.

Corroborando ainda Araujo e Nunes Junior (2003, p. 64):

As normas constitucionais não permitem interpretação isolada, fora das relações de coordenação com as demais normas do Texto Maior. O exegeta deve analisar a norma constitucional sabendo-a parte de um todo, sem conhecimento do qual não é possível indicar o sentido e delimitar o alcance dela [...].

Em tempo de uma sociedade tão massificada e complexa, seria inadmissível admitir qualquer interpretação que fosse desconectada dos mandamentos constitucionais como um todo.

### 2.6.2.4 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade

Barroso (2009) ensina a importância do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que aliás é muito utilizado no constitucionalismo atual, ou seja, no neoconstitucionalismo, com lição digna de nota:

[...] Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto (2009, p. 304-305).

Alguns autores chegam a especular quanto à possível ofensa ao princípio da separação dos poderes em razão da “intromissão” que referido princípio proporciona na motivação de decisões judiciais que interferem na atuação administrativa dos poderes executivos. Não obstante, como já mencionamos no primeiro capítulo, trata-se na verdade de um argumento falacioso. A respeito do assunto, vale citar a lição de Anderson Sant’Ana Pedra (2008, p. 65):

Sob certo aspecto, o princípio da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz sobre a autoridade administrativa, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes; afinal, a limitação que ocorre concerne aos poderes do administrador e não ao Poder Executivo (princípio da separação dos poderes), vez que o raio de independência, a discricionariedade administrativa e decisória para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém, de certo modo, plenamente resguardado, desde que, obviamente, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos na Constituição.

Quanto a essa questão da equivocada posição defendida por alguns autores que alegam que o ativismo jurisdicional estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes, assevera ainda Pedra (2008, p. 66) “[...] Registre-se que o que não está em causa é a invasão da esfera do Poder Administrativo pelo Judiciário, mas a simples constatação de que o dogma da liberdade absoluta do poder administrativo já esta superado [...]”.

Outrossim, quanto ao princípio da proporcionalidade, Araujo e Nunes Júnior (2005, p. 65) lecionam:

Como decorrência do princípio da razoabilidade, podemos encontrar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma. Por esse princípio, que muitos chamam de razoabilidade-proporcionalidade, podemos identificar a necessidade de o intérprete verificar uma correspondência equitativa entre o sacrifício do direito e a regra em questão. Constitui medida de adequação dos meios aos fins perseguidos pela norma, sendo que esta deve ser aplicada em sua “justa medida”.

Na verdade, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade se apresentam como poderosa ferramenta para o aplicador do direito buscar concretizar os mandamentos da Constituição em um Estado Democrático de Direito.

#### **2.6.2.5 Princípio da Efetividade**

A respeito do princípio da efetividade, J. J. Gomes Canotilho ensina que “[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1224). Logo, verifica-se que o referido princípio determina que o intérprete privilegie a interpretação que proporcionar maior consistência, ou seja, maior efetividade ao mandamento constitucional.

Corroborando referida lição, Barroso (2009, p. 305) esclarece que:

[...] Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência da omissão do legislador.

Como veremos no terceiro capítulo, em consonância com tudo que vimos no primeiro capítulo, o movimento denominando neoconstitucionalismo procura impor maior eficiência na busca da prestação jurisdicional, proporcionando mais justiça, cidadania e desenvolvimento social, o que só é possível se conseguirmos impor também, maior eficiência aos mandamentos constitucionais.

### **2.6.3 A nova interpretação constitucional na efetivação dos direitos fundamentais no processo constitucionalizado**

Gomes (2008, p. 323) faz questão de esclarecer que:

Para a elaboração da nova hermenêutica constitucional – a qual possibilita a construção do sentido da Constituição adequada ao Estado Democrático de Direito – a teoria do direito passa a elaborar conceitos que viabilizam a densificação destes princípios, isto é, a explicitação da riqueza de conteúdo que lhes é inerente e de como esta é capaz de se projetar sobre toda a ordem jurídica. Com isso, o ordenamento jurídico ganha um significado coerente com fundamentos e objetivos positivados no texto constitucional do referido paradigma estatal. Esta coerência deve ser mantida em todos os atos de interpretação jurídica a fim de que seu resultado, ao encontrar respaldo na Constituição, confira efetividade a esta.

Ademais, Gomes (2008, p. 322-323) completa sua lição asseverando que:

Dentre tais conceitos, tornou-se fundamental, para a nova hermenêutica constitucional, a distinção que a Teoria Jurídica desenvolveu sobretudo a partir da obra de Ronald Dworkin e das contribuições de Robert Alexy – entre princípios e regras. Graças à atribuição de normatividade aos princípios, estes passaram a ser compreendidos como pilares fundamentais da ordem jurídica, pois é neles que, desde então, esta se sustenta. A compreensão disso faz nascer a Nova Hermenêutica. Uma Hermenêutica capaz de trabalhar não apenas com regras, mediante subsunção, mas, também, com princípios, por meio da ponderação.

Outrossim, Sergio Alves Gomes (2008) apresenta importante rol de fatores, por ele chamado de primordiais, que iremos apresentar em um quadro, para facilitar a compreensão do leitor.

### **Quadro n° 7: Fatores primordiais para o nascimento da nova hermenêutica jurídica**

| <b>Fatores primordiais para o desenvolvimento da consciência ético-jurídica da nova hermenêutica jurídica</b>   |
|---|
| <b>a) que a Constituição, devido aos valores fundamentais da convivência social – por isso supremos, no âmbito da sociedade que almeja viver democraticamente – deve ser o elemento catalisador de toda a ordem jurídica;</b>   |
| b) que a justificativa para o posicionamento da Constituição no topo da hierarquia das normas componentes do ordenamento jurídico não se deve a uma vontade arbitrária nem a uma pressuposta norma fundamental hipotética que, segundo Kelsen, daria sustentação lógica à pirâmide normativa do ordenamento jurídico. <b>Decorre tal justificativa da percepção racional e democrática da relevância, para o indivíduo e a sociedade, em se conseguir o respeito e a realização prática de tais valores, como o intuito de se construir um convívio justo e pacífico;</b> |
| c) que tal Constituição, enquanto unidade, compõe-se de um conjunto de normas em forma de princípios e regras conectados a valores a serem concretizados por meio do Estado Democrático de Direito;   |
| d) que tais valores são primordiais na caracterização do referido paradigma estatal, sem os quais não pode ser assim identificado;  |
| <b>e) que estes mesmos valores são aqueles sem os quais o ser humano, enquanto indivíduo e partícipe da sociedade, não tem como ser reconhecido cõo pessoa humana merecedora de igual respeito perante todas as demais;</b>   |
| f) que a ausência da realização simultânea de tais valores impossibilita a construção de uma convivência humana orientada pelo bem comum, isto é, em prol do bem de todos;  |
| g) que tais valores se fazem presentes na ordem constitucional <b>por meio de fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais que compõem o núcleo essencial da democracia</b> e do Estado Democrático de Direito;  |
| <b>h) que o sentido destes fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais deve ser construído pela hermenêutica constitucional a partir da finalidade maior que dá sentido ao Estado Democrático de Direito: a salvaguarda e a promoção da dignidade humana;</b>   |
| i) Que diante do fenômeno da globalização não se pode abrir mão da identidade – tanto na sua dimensão nacional quanto naquela   |

internacional – mas sim, valorizá-la, a fim de se viabilizar a participação de países e povos, de igual para igual, no concerto das nações.

(GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Curitiba: Juruá, 2008, p. 323-324 – grifos nossos)

Dentre os fatores apresentados no quadro, formulado com a lição de Gomes (2008), podemos destacar que a nova hermenêutica deve se desenvolver tendo como centro gravitacional o princípio da dignidade da pessoa humana, tão importante ao Estado Democrático de Direito, de modo que o legislador constituinte elencou referido princípio como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Neste diapasão, corrobora Barroso (2009, p. 309) que “[...] a nova interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho, que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação”.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, como o próprio nome sugere, são aqueles conceitos abertos que aceitam sua complementação de acordo com o caso concreto, na busca de maior efetivação da justiça. Neste sentido, Barroso ensina que: “[...] A característica essencial das cláusulas gerais é o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto [...]” (2009, p. 312).

Sabemos que é uma técnica imprescindível para o ordenamento jurídico contemporâneo, já que, como vimos no primeiro capítulo, o legislador não possui condições de abarcar todas as situações da vida, principalmente a cotidiana, em normas positivadas em forma de lei.

Outrossim, Sergio Alves Gomes (2008, p. 346) corrobora a necessidade do uso de conceitos jurídicos indeterminados até mesmo por conta na necessidade de se implantar e manter um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a consecução de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, senão vejamos:

A nova hermenêutica constitucional vê a sociedade democrática como “sociedade aberta”, a qual se estrutura politicamente por meio de uma “constituição aberta” a ser interpretada pela “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Ao mesmo tempo, critica e procura neutralizar e superar os maléficis efeitos das ações daqueles que se colocam como “inimigos” tanto da sociedade aberta quanto da abertura constitucional. São aberturas para “o outro”, para o mundo, mediante a opção pelo diálogo como caminho da compreensão. Aberturas que buscam substituir a pura competição pela cooperação em todos os níveis e lugares, quando está em jogo a defesa dos valores democráticos, como são aqueles positivados no âmbito dos direitos humanos fundamentais.

Não obstante, é interessante destacar, por sua vez, que Luís Roberto Barroso, cuidadoso e meticuloso - qualidade encontrada nos grandes juristas - faz questão de chamar a nossa atenção quanto ao fato de que não se deve confundir conceito jurídico indeterminado com poder discricionário, senão vejamos:

Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário. [...] Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de competência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação (2009, p. 313).

Outra importante lição de Barroso está vinculada ao fato de que o mesmo deixa claro que a atividade de integração do sentido das cláusulas gerais está sim passível de controle jurisdicional, senão vejamos:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não apenas admite a sindicabilidade judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, como ademais, já se pronunciou incontáveis vezes acerca do sentido e alcance que deve ser dado a eles. Nessa linha se inclui a aferição da presença da “relevância e urgência” para fins de edição de medida provisória (CF, art. 62), a verificação da ocorrência de “excepcional interesse social” para negar efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade de lei (Lei n. 9. 868/99, art. 27) [...] Tudo isso demonstra que a atividade de integração do sentido dessas cláusulas gerais é suscetível de controle judicial, que será mais forte nas áreas de certeza positiva e negativa e mais deferente nas zonas de penumbra (2009, p. 315-316).

Essa lição do renomado jurista se torna salutar na medida em que o próprio Barroso destaca que alguns tribunais, por não atentarem adequadamente para a estrutura binária típica da norma de conduta que contém a previsão de um fato e a atribuição a ele de uma consequência jurídica e, ainda, para a observação de que os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato enquanto que os juízos discricionários situam-se no plano das consequências jurídicas acabaram por, erroneamente, considerar conceitos como idoneidade moral e reputação ilibada, claramente conceitos de ordem indeterminada, como insuscetíveis de controle judicial (BARROSO, 2009, p. 314-315).

Outra importante característica da nova hermenêutica constitucional se encontra na normatividade dos princípios. Barroso (2009, p. 315) apresenta importante lição quanto a noção de que princípios e regras apresentam *status* de norma jurídica, senão vejamos:

[...] No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a ética, os princípios constitucionais se transformaram na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do *estatus* de norma jurídica, distinguindo-se uns dos outros por critérios variados, dentre os quais foram destacados no presente estudo os seguintes (v.supra):

- a) quanto ao *conteúdo*: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;
- b) quanto à *estrutura normativa*: regras se estruturam normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;
- c) quanto ao *modo de aplicação*: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isso é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência pro parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

Por outro lado, J. J. Gomes Canotilho (2003) faz questão de destacar que segundo o presente princípio:

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

Assevera o mesmo autor que, em razão deste princípio, o intérprete deverá, sempre dar maior valor para as soluções hermenêuticas que garantam a eficácia permanente da norma constitucional ao longo da evolução histórica (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

Desta forma, é possível notar que os princípios no ordenamento jurídico atual são vistos com força normativa, possuindo diferentes níveis de eficácia normativa, de modo que achamos por bem apontar cada uma das modalidades apresentadas por Barroso, utilizando-nos mais uma vez de seus ensinamentos.

Outrossim, é importante destacar que os princípios possuem eficácia direta, de modo que Barroso ensina que “[...] o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida [...]” BARROSO, 2009, p. 318-319).

Já pela modalidade de eficácia interpretativa dos princípios, o renomado autor ensina que “[...] o sentido das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcional eles, assim, como vetores da atividade do intérprete [...]” Logo, o mesmo autor assevera que a eficácia dos princípios constitucionais, por meio da modalidade da eficácia interpretativa será determinante para orientar a interpretação das regras em geral, sejam constitucionais ou

infraconstitucionais, de modo que o intérprete fará a opção entre as possíveis exegeses para cada caso concreto (BARROSO, 2009, p. 319).

Outra importante ferramenta da nova hermenêutica constitucional se encontra na eficácia negativa, de modo que Barroso (2009, p. 320) assevera que, por meio do efeito da eficácia negativa, o intérprete terá que cessar a aplicação de qualquer norma que esteja contrária à disposição dada pelo princípio constitucional aplicado ao caso concreto. Assevera ainda que desta modalidade de eficácia dos princípios poderá “[...] resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com retirada do sistema – seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua não incidência no caso concreto [...]” (BARROSO, 2009, p. 320).

Quanto à questão da eficácia da Constituição, Korand Hesse (1991, p. 15) apresenta lição digna de nota:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias por que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.

É interessante a observação de Hesse (1991) já que fica evidenciado que a força normativa da Constituição se efetiva se a mesma estiver associada ao contexto cultural, social, histórico, filosófico de seu tempo.

Neste sentido, Korand Hesse (1991) completa a lição: “[...] Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (HESSE, 1991, p. 19).

Por fim, Korand Hesse (1991, p. 20) apresenta alguns requisitos que julga necessário para a efetiva força normativa da Constituição, senão vejamos:

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa [...] Tentarei enunciar, de forma resumida, alguns desses requisitos mais importantes:

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos

dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o esta espiritual (geistige Situation) de seu tempo.

[...]

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

Fica claro desta forma que a força normativa da constituição está intimamente, como não poderia deixar de ser, associada com os elementos sociais, políticos, históricos etc de seu tempo, além é claro, de existir uma necessária vontade de constituição, um interesse da sociedade em geral de respeitar e interpretar os princípios constitucionais de modo a preservar e proteger o seu conteúdo.

Não obstante, a nova hermenêutica constitucional precisa lidar ainda com a colisão existente entre normas constitucionais, entre princípios constitucionais, entre direitos fundamentais e até mesmo entre direitos fundamentais e outros valores protegidos pela Constituição.

Neste diapasão, uma das mais importantes preocupações da nova hermenêutica constitucional e que também causa certa disposição de doutrinadores para apontar soluções confiáveis é exatamente a colisão existente entre as normas constitucionais, essas últimas vistas em sentido amplo, ou seja, abarcando os princípios, valores e direitos fundamentais.

Barroso (2009, p. 328) ensina que na sociedade extremamente complexa e de cultura pluralista em que vivemos na atualidade, com a Constituição abarcando e protegendo um número cada vez maior de valores, direito e interesses variados, é natural que ocorra a colisão entre esses elementos.

Por outro lado, como já vimos no primeiro capítulo e nos tópicos anteriores, a solução dos conflitos contemporâneos, fruto desta sociedade de cultura diversificada e pluralista não é, muitas vezes, passível de solução com a utilização das formas tradicionais de conflitos, o que provocou o surgimento da nova hermenêutica constitucional.

Neste contexto, Luís Roberto Barroso (2009, p. 329) ensina que é possível identificar três formas de conflitos resultantes desta nova sistemática filosófica, política e cultural da sociedade contemporânea, senão vejamos: “O entrelaçamento entre princípios constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais”.

Quanto à colisão entre princípios constitucionais, Alexy (2008, p. 993-994) assevera que a solução cabível para a colisão entre princípios será necessariamente diversa da solução adotada para a colisão de regras, senão vejamos:

As colisões entre princípios deve ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido - , um princípio terá que ceder. Isso significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Referido ensinamento já demonstra que no caso dos princípios, como vimos nos tópicos anteriores, teremos que lançar mão do uso de valoração e sopesamento de interesses. Neste sentido, “[...] O “conflito” devem ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...]” (ALEXY, 2008, p.95).

Outrossim, quanto à colisão entre direitos fundamentais, Barroso (2009, p. 329) leciona que “[...] a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir atinomas no seu exercício concreto [...]”.

Neste diapasão, a colisão entre direitos fundamentais será resolvida de forma semelhante à colisão dos princípios, senão vejamos a lição de Robert Alexy (2008, p. 125), na qual referido autor utiliza de decisão proveniente do Tribunal Constitucional Federal alemão:

Essa fórmula, que é uma prova clara de que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais também como princípios, tem a seguinte redação: “Somente direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional estão em condições de, excepcionalmente e com a devida consideração à unidade da Constituição e à ordem de valores por ela protegida, restringir, em relações individualizadas, direitos fundamentais irrestringíveis. Os conflitos que surjam nesse âmbito só podem ser resolvidos se se examina qual dispositivo constitucional tem um maior peso para a questão concreta a ser decidida (...). A norma mais fraca só pode ser deixada em segundo plano na medida do necessário do ponto de vista lógico e sistemático; em qualquer caso, o seu conteúdo axiológico fundamental deve ser respeitado”. A questão é saber se há

alternativas – ao mesmo tempo aceitáveis e livres de sopesamento – a esse tipo de fórmula.

Robert Alexy (2008, p. 126) completa a lição a respeito do uso da técnica do sopesamento ao asseverar que o juiz “[...] não [pode] ficar neutro diante das decisões axiológicas presentes nos direitos fundamentais [...] Sopesamentos são inevitáveis quando todos [são] igualmente titulares de direitos fundamentais”.

Por fim, com relação à colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, é da lavra de Barroso (2009, p. 331) importante lição a respeito desta forma de colisão em que trabalha alguns casos concretos para melhor compreensão do estudo. Por se apresentar com lição altamente didática, iremos reproduzir a mesma integralmente, apesar de um pouco extensa:

[...] Ambiente bastante típico dessa modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração de punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública. Vejam-se alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a) *Caso Ellwager*. A liberdade de expressão não protege a incitação ao racismo. Caracteriza esse crime a publicação de livros de caráter anti-semita, depreciativo ao povo judeu e que procuram negar a ocorrência do holocausto. A imprescritibilidade do crime de racismo, prevista na Constituição, justifica-se como alerta para as novas gerações (STF, DJU, 19 mar. 2003, HC 82.424/RS, Rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa).

b) *Crime hediondo e progressão de regime*. A progressão de regime no cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como maior razão a ressocialização do preso. Conflita com o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) a norma legal que impõe o cumprimento da pena em regime integralmente fechado no caso de crimes hediondos (STF, DJU, 9 fev. 2007, HC 90.049/RS, Rel. Min. Marco Aurélio).

c) *Delação anônima*. Comunicação de fatos que teriam sido praticados no âmbito da Administração Pública. A vedação constitucional do anonimato em confronto com o dever do Estado de apurar condutas funcionais desviantes. Legitimidade da instauração de procedimento investigatório pelo Tribunal de Contas da União (STF, DJU, 4 jun. 2004, MS 24.369/DF, Rel. Min. Ceslo Mello).

O renomado autor acrescenta que as características comuns dos exemplos citados se circunscrevem na:

[...] (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado [...] (BARROSO, 2009, p.231).

Outrossim, o autor encerra sua lição a respeito das colisões de normas destacando que “[...] direitos fundamentais não são absolutos e, como conseqüência, seu

exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais , em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação [...]” (BARROSO, 2009, p.332).

#### 2.6.4 Da ponderação

Como vimos anteriormente, a regra da subsunção era satisfatoriamente aplicada no positivismo jurídico, não obstante, numa sociedade pluralista, não é possível resolver os conflitos cotidianos com referida técnica, sendo necessário lançar mão de novas técnicas que possibilitem ao intérprete apresentar solução satisfatória para os conflitos sociais, principalmente quando envolvem a colisão de normas constitucionais.

Apesar de estar sendo utilizada com mais ênfase, atualmente, J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.237) ensina “[...] O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica [...]”. Não obstante, o mesmo autor esclarece que referido método é utilizado com maior relevância, principalmente no plano constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1.237).

Canotilho (2003, 2003, P. 1.237) apresenta também que “[...] As idéias de ponderação (*Abwägung*) ou balanceamento (*Balancing*) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 1.237). Outrossim, os casos de tensão, por sua vez, são aqueles que se apresentam do conflito de normas de modo a não permitir a solução por meio da simples subsunção, que foi utilizada por muito tempo, principalmente no período em que prosperou o positivismo jurídico.

Neste diapasão, Barroso (2009, 2009, p. 333) apresenta importante observação:

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, na qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto [...] esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.

O citado autor preocupa-se em asseverar que apesar de ser insuficiente para a concretização da justiça, a técnica da subsunção não pode ser dispensada pura e

simplesmente, porém, deverá ser completada, principalmente para a solução do que Ronald Dworkin<sup>16</sup> chamou de casos difíceis, em sua obra **Levando os direitos a sério**, com novas técnicas que possibilitarão ao intérprete apresentar soluções apropriadas para a solução dos conflitos.

Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 55) “[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês “hard cases”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado [...]”. A mesma autora esclarece que a peculiaridade dos casos difíceis subsiste no fato de que nestes casos “[...] convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias [...]”.

Quanto à diferença entre as técnicas da ponderação e da subsunção, Barroso (2009) apresenta explicação típica da facilidade dos grandes juristas pedagogos em explicar aos seus alunos o que poderia ser aparentemente mais custoso para a devida compreensão:

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna (BARROSO, 2009, p. 334).

Utilizando-se da explicação do renomado autor supracitado, podemos esclarecer que as três cores distintas sugeridas: a) premissa maior que é a norma; b) a premissa menor que são os fatos e, c) o resultado, fruto da junção da premissa maior com a premissa menor. Por outro lado, no caso da ponderação, o intérprete se depara com um fato em que incidem várias premissas maiores, ou seja, várias normas, todas fundamentais, não podendo ser simplesmente afastadas por completo em decorrência da predileção de uma dessas normas fundamentais, que são, na explicação de Barroso (2009, p. 334) “[...] inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética [...]”. Por sua vez, as cores que se destacam sobre as demais são os direitos fundamentais que terão maior predileção do intérprete de acordo com o que melhor se adequar ao caso concreto.

É importante destacar ainda que o festejado autor faz questão de asseverar que da mesma forma que uma obra de arte mal feita poderá ser horrível, a ponderação

---

<sup>16</sup> Os “casos difíceis” são aqueles que envolvem os conflitos de normas constitucionais, ou seja, a colisão de princípios constitucionais, a colisão entre direitos fundamentais e a colisão de direitos fundamentais com interesses constitucionais como vimos nos tópicos anteriores.

descuidada também poderá apresentar consequências nefastas, o que exige maior cuidado e dedicação do intérprete.

Ainda aproveitando do ensinamento de Barroso (2009) supracitado, podemos esclarecer que, da mesma forma que uma pintura moderna exige muito mais dedicação e esforço do pintor do que uma pintura clássica, a ponderação, também exigirá maior acuidade e dedicação do intérprete do que a subsunção, ou seja, trata-se de uma técnica de maior complexidade.

Outrossim, a consequência de referida complexidade exige que a ponderação seja realizada em três etapas:

a) “Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas [...]” (BARROSO, 2009, p.334). Neste sentido, ainda fazendo o paralelo com a arte moderna, o pintor identifica as cores que melhor se adequarão para a sua obra, estudando em seguida se haverá perfeita combinação entre as mesmas.

Voltando ao direito, a primeira etapa do intérprete é localizar as normas condizentes com a solução do conflito e analisar se elas se contrapõem uma a outra e ou grau de contraposição das mesmas e os grupos de normas que melhor se aproximam.

Neste sentido:

[...] os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo (BARROSO, 2009, p. 334).

Uma vez realizada essa primeira etapa, com a devida orientação dada pelas conclusões provenientes das reflexões que a mesma exige, passamos para a segunda etapa.

b) “Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua integração com os elementos normativos [...]” (BARROSO, 2009, p. 334). Na segunda fase da ponderação, a reflexão toma uma nova abordagem, na qual iremos analisar as normas levantadas e cabíveis ao caso, para o qual foram apresentados.

c) Na terceira etapa, serão utilizadas as reflexões levantadas nas etapas anteriores, acrescentando a ponderação propriamente dita na atividade, ou seja, com base nas reflexões apuradas, passa-se a sopesar os valores que devem prevalecer para se alcançar a solução mais adequada ao caso concreto, dando preferência a um valor, sem, no entanto,

considerar superado o valor ou valores que foram, na solução do caso concreto, deixados de lado, mas, jamais considerados definitivamente anulados, senão vejamos:

[...] Pois bem: nesta fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade [...] (BARROSO, 2009, p. 335).

Barroso (2009) apresenta ainda uma informação muito importante ao esclarecer que “[...] a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica [...]” (BARROSO, 2009, p. 335). Desta forma, o renomado autor deixa claro que o uso da técnica da ponderação é uma necessidade e não apenas uma opção. É que, conforme já expomos, estamos diante da construção e busca de novos métodos interpretativos condizentes com uma sociedade de cultura pluralista que resgatou o valor do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste mesmo sentido, corrobora Canotilho (2003) quanto ao entendimento de ser a ponderação uma necessidade e não uma opção, senão vejamos:

A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional **não é uma “moda” ou um capricho dos cultores do direito constitucional**. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principial* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “passagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos de princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo ou nada”); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos (CANOTILHO, 2003, p. 1.237, grifo nosso).

Além de destacar que a técnica da ponderação se apresenta como necessidade da nova hermenêutica constitucional, Canotilho (2003), como podemos ver na citação anterior, fez questão de enumerar algumas razões que levaram doutrinadores a desenvolver referida técnica.

### 2.6.5 Argumentação jurídica

Da mesma forma que as relações provenientes da sociedade contemporânea exigem a utilização da técnica da ponderação para a solução de alguns conflitos sociais, em substituição da técnica da subsunção, em determinados momentos, o intérprete lançará mão do uso da técnica da argumentação em substituição à lógica formal ou dedutiva da razão prática (BARROSO, 2009, p. 339).

Luis Roberto Barroso (2009, p. 339) inspirando-se na lição de Antonio Carlos Cavalcanti Maia, explica:

Argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão.

O objetivo da técnica da argumentação, por sua vez, consiste exatamente em demonstrar de forma muito clara e transparente as razões que levaram à persuasão do magistrado em decidir um conflito de determinada forma, senão vejamos:

[...] a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral, já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca (BARROSO, 2009, p. 340-341).

Desta forma, com a técnica da argumentação, pretende-se que o intérprete, neste ponto, em especial, o magistrado, demonstre pormenorizadamente os fundamentos que o convenceram e na tarefa jurisdicional de decidir de forma equânime e justa.

Barroso (2009, p. 340-341) leciona que a argumentação jurídica se apresenta como uma forma especial da teoria da argumentação que deve obedecer às regras do discurso racional, ou seja, as conclusões são decorrentes da interpretação das premissas logicamente apresentadas e observadas, jamais se aceitando qualquer forma de coação contra o intérprete, seja ela física ou moral, devendo o julgamento ser realizado sempre de forma aberta e transparente.

A transparência é exigência absoluta na argumentação jurídica, de modo que, enquanto o intérprete estiver obrigado a apresentar de forma clara e convincente os argumentos que trilharam a sua decisão, dificilmente estaremos reféns de arbitrariedade. Neste sentido, é louvável a iniciativa do Supremo Tribunal Federal em admitir a transmissão de todas as suas seções de julgamento.

A nova hermenêutica constitucional, como pudemos verificar neste capítulo, exige que o intérprete, ou seja, que todos os juristas, aceitem as mudanças de paradigmas ocorridas principalmente na segunda metade do século XX, principalmente após os nefastos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, como vimos no capítulo anterior.

Por sua vez, todas as transformações ocorridas que desembocaram na constitucionalização e humanização do direito ocorreram em um espaço histórico muito pequeno, de modo que todos os intérpretes diretamente envolvidos na jurisdição estão observando certa dificuldade em se adaptar a todas essas mudanças que, não obstante, trouxeram avanços memoráveis para a concretização da justiça.

Iremos ver no próximo capítulo a aplicação prática de todas essas mudanças no processo, em especial, no direito processual coletivo comum e na utilização da Ação Civil Pública, inclusive estudando ainda algumas polêmicas relacionadas ao objeto material desta ação.

### III – NEOPROCESSUALISMO, DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMUM E AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“É assombroso como os operadores do direito, na maioria das vezes por desconhecimento das razões da lei, acabam realizando interpretações que privilegiam os conceitos doutrinários em detrimento das transformações que se operaram na sociedade e no Estado. A ausência de ligação crítica da lei com a sociedade, aliada à tendência – natural ao ser humano – de ver o velho no novo, além de reduzir o benefício que o “novo processo civil” pode gerar para a sociedade, limita a significação da doutrina e dos aplicadores do direito” (LUIZ GUILHERME MARINONI).

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 49-50) apresentam ensinamentos dignos de nota:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Por sua vez, Sampaio Júnior (2008, p. 40) ensina que a irradiação dos valores constitucionais sobre todos os ramos do direito levou à compreensão do operador do direito quanto à necessidade de uma “[...] visão processual mais consentânea com a realidade constitucional, desvirtuada do formalismo que sempre lhe foi inerente [...]”.

Dessa forma, ensina o mesmo autor que o novo direito processual tem por objeto a busca pela concretização dos direitos fundamentais, senão vejamos:

Os direitos e garantias fundamentais são quem comandam todo esse processo de compreensão da Constituição como centro do ordenamento jurídico e **de um processo que tenha como premissa a concretização desses direitos em cada caso concreto. Para tanto, o jurista contemporâneo, necessariamente, tem que levar em consideração os valores no estudo da ciência jurídica**, bem como, se despir do manto da neutralidade e pureza, que por muito tempo o transformou em autômato, sem nenhuma preocupação social por seus atos. Na realidade, houve uma aproximação da Ciência com a Filosofia (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 40-41, grifos nossos).

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 76) apresenta importante observação:

É assombroso como os operadores do direito, na maioria das vezes por desconhecimento das razões da lei, acabam realizando interpretações que privilegiam os conceitos doutrinários em detrimento das transformações que se operaram na sociedade e no Estado. A ausência de ligação crítica da lei com a sociedade, aliada à tendência – natural ao ser humano – de ver o velho no novo, além de reduzir o benefício que o “novo processo civil” pode gerar para a sociedade, limita a significação da doutrina e dos aplicadores do direito.

Neste sentido, é possível observar, a nosso ver, dois obstáculos que devem ser tratados com o devido cuidado no neoprocessualismo. O primeiro obstáculo é a resistência de aceitação do novo, como muito bem asseverou Marinoni (2008). O segundo obstáculo, que acaba relacionado ao primeiro, é a conscientização dos profissionais do direito e do administrador público quanto à necessidade de que os direitos e garantias fundamentais saiam do papel, ou seja, sejam enfim efetivados, o que depende certamente da função jurisdicional, das ações do Estado e da conscientização do particular em respeitar o direito do próximo, senão vejamos:

Destarte, o arcabouço jurídico que alicerça o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo tem uma fonte só, qual seja a necessidade imanente que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição saiam do papel e passem a fazer parte da vida das pessoas, sendo importante função jurisdicional. Todavia, o mais importante é que esses direitos sejam cumpridos pelo poder público e particulares em geral, daí por que a Constituição tem que ser vista como norma de caráter obrigatório (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 43).

Por sua vez, ensina Gregório Assagra de Almeida (2007, p. L, grifos nossos):

**O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o neoconstitucionalismo.** A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é pontencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual.

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 12-13) se manifestaram com importante ensinamento:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Eduardo Cambi (2008, p. 25), por sua vez, apresenta os requisitos necessários para uma ordem jurídica justa, senão vejamos:

[...] Assim, a designação de acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Neste sentido se manifestou Cappelletti e Garth (1988, p. 9):

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

“[...] A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como completa igualdade de armas [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15).

Corroborando com as dificuldades levantadas em estudo realizado pelos autores acima citados, podemos apresentar lição de José Eduardo Carneira Alvim (2002, p. 4):

Como as lides envolvem pessoas das mais diversas classes sociais, muitas das quais sem as mínimas condições de arcar com as despesas do processo, é dever do Estado proporcionar-lhe as condições necessárias à salvaguarda de seus interesses, não só criando os órgãos encarregados de prestar a jurisdição, mas, sobretudo, o acesso a esses órgãos, seja pessoalmente, seja através de advogados, criando inclusive serviços de assistência judiciária para este fim.

Para enfrentar os problemas aqui levantados, Cappelletti e Garth (1988, p. 35) indicaram alguns modelos que iremos estudar neste momento.

O primeiro modelo foi denominado por referidos autores de “Sistema *Judicare*”, que foi considerado uma grande realização quanto à reforma em sistema de assistência judiciária, assim é apresentado:

A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado sistema *judicare*. Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

Por meio do referido sistema, no modelo britânico, um requerente que não possui condição de arcar com o pagamento de um advogado, pode escolher seu advogado em uma lista de advogados que concordaram em prestar serviços por meio do Sistema *Judicare* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

Outrossim, o segundo modelo apresentado pelos renomados autores foi desenvolvido a partir da compreensão da necessidade de se remunerar os advogados das pessoas necessitas com dinheiro público. Referido modelo foi considerado revolucionário também no sentido de ser visto como um sistema de vanguarda na guerra contra a pobreza, senão vejamos:

O modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos tem um objetivo diverso do sistema *judicare*, o que reflete sua origem moderna não Programa de Serviços Jurídicos do *Office of Economic Opportunity*, de 1965 – a vanguarda de uma “guerra contra a pobreza” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.39).

Por meio deste sistema, os serviços jurídicos seriam prestados por escritórios localizados em regiões pobres “[...] escritórios de vizinhança [...]”, com advogados pagos pelo Estado e encarregados de orientar e promover os interesses das pessoas que não tinham condição de arcar com o pagamento das custas processuais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40-41).

As vantagens do presente sistema com relação ao anteriormente estudado, Sistema *Judicare*, estariam relacionadas ao ataque frontal quanto à barreira do custo dos serviços jurídicos e, em especial, quanto aos problemas de desinformação e conhecimento de direitos, que geralmente acompanham a população mais carente e, que é exatamente o principal problema apresentado pelo sistema anterior. Dessa forma, as principais vantagens

são: “[...] 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40 - 41).

Assim como o sistema anterior, esse sistema sofre críticas. A maior delas é que “[...] depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o próprio governo [...]” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 41).

Neste sentido, acrescentam ainda os referidos autores:

Essa dependência pressupõe que uma sociedade tenha decidido que qualquer iniciativa jurídica para ajudar os pobres é desejável, mesmo que signifique um desafio à ação governamental e às ações dos grupos dominantes da sociedade. Os Estados Unidos, por exemplo, parecem ter-se decidido a erradicar a pobreza, mas, na realidade, os advogados da assistência judiciária americana, ao contrário dos advogados particulares na Inglaterra, França e Alemanha, têm estado sob ataques políticos constantes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 41-42).

Como podemos verificar, a crítica que se faz ao presente sistema acaba sendo bem contundente, principalmente tratando-se de uma sociedade como a nossa que fecha os olhos para as mazelas ocorridas nas grandes favelas do país.

Por fim, é importante esclarecer que alguns países adotaram a combinação dos modelos anteriores depois de reconhecidas as limitações de cada um deles. Neste sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 43-47) asseveram que a Suécia e a Província Canadense de Quebeque foram as primeiras a oferecer a escolha entre o atendimento por advogados do Estado [servidores públicos] ou advogados particulares pagos pelo Estado. Muitos países posteriormente, tais como a Austrália, Holanda, Grã-Bretanha, auxiliaram a implementação dos sistemas de atendimento jurídico que complementassem os esquemas estabelecidos no Sistema *Judicare*.

Esses autores fazem questão de destacar:

[...] São particularmente notáveis, por sua crescente importância, os “centros de atendimento jurídico de vizinhança”, da Inglaterra. Esses centros estão localizados em áreas pobres, sobretudo ao redor de Londres. Seus *solicitors* assalariados (e alguns *Burristers*) realizam muitas das tarefas desempenhadas por advogados de equipes nos Estados Unidos. Eles têm, cada vez mais, procurado tratar os problemas trazidos até eles não apenas como assuntos individuais, mas também como questões da comunidade. O trabalho deles, não obstante alguma hesitação inicial por parte da *Law Society*, tornou-se reconhecido como “um ramo essencial integrante dos serviços públicos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 45-46).

No Brasil, na busca por enfrentar referidos obstáculos, o legislador criou a Lei nº 1.060/50, que estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos

necessitados; o artigo 134 da Constituição Federal que trata da previsão da Defensoria Pública para o exercício da atividade da advocacia para os necessitados; a Lei nº 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais de menor complexidade, como forma de facilitar o acesso à justiça.

Neste sentido: “[...] É universal à publicização do próprio direito como um todo, sendo isso visível no processo, ramo do direito público, por mérito que em grande parte pertence aos cultores do direito processual constitucional [...]” (DINAMARCO, 2008, p. 58-59).

De qualquer modo e apesar das vicissitudes e retardamentos apontados, o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vendo dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio de sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo (DINAMARCO, 2008, p. 60-61)

Não obstante, Zavascki (2007, p. 37) apresenta que o legislador brasileiro protagonizou, de modo mais profundo e rico do que os demais países da *civil law* a revolução mencionada por Cappelletti e Garth<sup>17</sup>, quanto à criação de instrumentos de tutela coletiva. Neste sentido, leciona o referido autor que o legislador brasileiro:

[...] já na década de 70, a Lei 6.513, de 20.12.1977, introduziu significativa modificação no art. 1º, parágrafo 1º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com isso viabilizou-se a tutela de referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, foi a Lei. 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso significativo movimento em busca de instrumentos processuais para tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos [...] **Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico sub-sistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais**, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade. (grifos nossos).

---

<sup>17</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra intitulada **Acesso à justiça**, lecionam que o significado de um direito ao acesso efetivo à justiça depende da extração de obstáculos que dificultam o acesso das pessoas ao Poder Judiciário. Neste sentido, apresentam a teoria das três ondas renovatórias, sendo que a primeira onda renovatória cuidaria do desenvolvimento de instrumentos que garantissem o acesso à jurisdição por pessoas que não tinham condições de pagar custas processuais e advogados; a segunda onda renovatória cuidaria da criação de instrumentos processuais para facilitação da representação dos interesses difusos, ou seja, a criação de meios de atender demandas coletivas e solucionar efetivamente os problemas coletivos advindos de uma sociedade massificada; a terceira estaria relacionada ao aperfeiçoamento da onda anterior, no sentido de criar mecanismos de acesso à representação em juízo de grupos de pessoas, não apenas pobres, apresentando solução para demandas coletivas o que diminuiria a pulverização de ações individuais e a sobrecarga do poder judiciário. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988).

Ainda quanto a esse efeito provocado pela constitucionalização do direito, Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 65-66) apresenta lição digna de nota:

A publicização do direito processual é, pois, 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 no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.

Neste diapasão, corrobora Zavascki (2007, p. 37) que “Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual [...]”.

Toda essa publicização do direito em geral e especificamente do direito processual exigiu mudanças também no direito processual civil brasileiro que:

[...] atento a essa nova realidade, vem buscando meios efetivos e alternativos para a solução de conflitos, tentando adequar seus instrumentos à natureza das problemáticas que, como visto, não se restringem aos conflitos meramente individuais, próprios do liberalismo, mas abrangem não só os novos conflitos de massa (típicos do Estado Social), como os de natureza difusa (no sentido de transcendência do indivíduo, de transindividualidade, de indivisibilidade e de indeterminabilidade, conforme definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro – Lei 8.078, de 11.09.1990 – em seu art. 81, parágrafo único, inciso I), que passam a ser clarividentes no Estado Pós-Social (LENZA, 2008, p.36).

A propósito, faz-se necessário destacar quanto à evolução do direito processual coletivo que nosso país possui privilegiada legislação tratando do assunto, tanto é que alguns autores renomados já se posicionaram neste sentido, inclusive demonstrando preocupação na codificação de um direito processual coletivo que não observe as evoluções conquistadas pelo Brasil, senão vejamos:

O modelo de proteção aos direitos e aos interesses difusos e coletivos, consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o mais avançado do mundo e, por isso, é a partir dele que deve ser extraída a proposta de codificação do direito processual coletivo brasileiro, evitando-se a importação de modelos estrangeiros incompatíveis com o sistema pátrio. Os direitos coletivos estão inseridos na teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Portanto, essa diretriz constitucional fundamental, que forma uma nova *summa divisio* no âmbito do sistema jurídico brasileiro, deve irradiar todo o sistema jurídico e vincular as construções jurídicas do País, principalmente a criação de um Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo [...] (ALMEIDA, 2007, p. 5-6).

Nota-se, deste modo, a importância do movimento neoprocessualista na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, senão vejamos:

[...] atualmente, mais do que ontem, quando vem á tona a temática envolvendo direitos fundamentais, **a preocupação primeira deve estar voltada para descobrir instrumentos processuais que levem a sua efetivação.** Caso contrário, todo o esforço histórico empreendido, desde o seu reconhecimento, até o debate teórico que levou à expansão desses direitos, marcada pelas suas dimensões, não terá sentido (MORAES, 2007, p.06, grifos nossos).

Por sua vez, é notório que o Estado é o principal sujeito passivo dos direitos e garantias fundamentais, como bem lecionou Dimitri Dimoulis (2006, p. 112):

[...] o principal sujeito passivo dos direitos e garantias fundamentais é o poder estatal, incluindo-se nesse qualquer autoridade que exerce competências estatais, mesmo mediante concessão de serviço público ou permissão especial.

Desta forma, para buscar assegurar o respeito aos direitos fundamentais, o próprio legislador constituinte tratou de prever alguns remédios constitucionais, bem como algumas medidas processuais constitucionais que alguns autores denominam de “garantias fundamentais repressivas”, senão vejamos os ensinamentos de Moraes (2007, p.97):

Dentro desse enfoque, **o legislador constituinte referendou, como garantias fundamentais repressivas,** o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX) e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Mas o legislador constituinte de 1988 não se limitou a isso, foi mais longe. Ele ampliou o leque das garantias fundamentais repressivas, ao instituir o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII, grifo nosso).

Não obstante, assevera ainda Moraes (2007, p.97) que, da mesma forma que os direitos fundamentais não são somente os encontrados no catálogo dos direitos fundamentais [Título II da CF], já que o meio ambiente, direito de terceira dimensão, está previsto no artigo 225, o rol de garantias fundamentais repressivas, instrumentos processuais constitucionais destinados a protegê-los e torná-los efetivos, não se restringe somente àquele constante do artigo 5º da CF. Referido dispositivo, conforme foi possível verificar, consagra aquelas garantias fundamentais repressivas que foram referendadas pelo legislador constituinte, bem como as novas. Desta forma, referido autor leciona que o rol dessas garantias, levando em conta a análise de todo o texto constitucional, não se circunscreve somente ao mandado de segurança, ao *habeas corpus*, à ação popular, ao mandado de injunção, ao *habeas data* e ao mandado de segurança coletivo.

Outrossim, como iremos demonstrar, a busca de efetividade dos direitos e das garantias fundamentais, por meio da jurisdição processual, é otimizada quando é viável o uso de ações coletivas, por meio do direito processual coletivo comum.

Não obstante, essa otimização exige certo ativismo jurisdicional, que acaba provocando a juridicização da política, o que iremos estudar no próximo item.

### **3.2 O aperfeiçoamento da representatividade política do cidadão por meio da juridicização da política como forma de efetividade dos direitos fundamentais**

Na busca por instrumentos processuais que levem a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, foi possível observar uma evolução provocada pelo neoconstitucionalismo e pelo neoprocessualismo consistente em uma maior atividade do poder judiciário na área política. Isso foi denominado de juridicização da política e é decorrente da constitucionalização de todos os ramos do direito e do aperfeiçoamento crescente nas formas de garantir a implantação e efetivação dos direitos sociais.

Outrossim, a efetivação dos direitos fundamentais está dia a dia se promovendo por meio do processo coletivo que, no Brasil, possui características, como já salientamos, de destaque e evolução a servirem de exemplo para todo o mundo.

Mas, para melhor entendermos a mecânica existente entre os processos coletivos, a politização da justiça e a efetivação dos direitos sociais, faz-se necessário estudarmos como ocorreu esse processo de “invasão” da jurisdição na política.

Como já antevimos no primeiro capítulo, o Poder Judiciário, com a evolução provocada pela constitucionalização de todos os ramos do direito no movimento neoconstitucionalista, e, principalmente em razão da inoperância do “Legislador Mastodonte” e do “Estado Leviatanesco”<sup>18</sup>, foi obrigado a intervir cada vez mais nos poderes legislativo e executivo, como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e principalmente os direitos sociais.

Isso se deve, em parte, pelo desgaste dos poderes legislativo e executivo, que são incapazes de cumprir com suas promessas e programas de governo defendidos no período eleitoral, além de crises relacionadas com corrupção que estão diuturnamente

---

<sup>18</sup> Expressões cunhadas por Mauro Cappelletti (1998) e já esclarecidas no primeiro capítulo.

invadindo nossos noticiários<sup>19</sup>. Com relação à crise dos poderes legislativos, Porto (2006, p. 183-184) apresenta uma lição digna de nota:

Ademais, também a legitimidade dos parlamentos é, no mínimo controversa em Estados como o Brasil. Nestes, a baixa experiência democrática e os reduzidos níveis de formação crítica, aliados aos recursos quase pirotécnicos das campanhas eleitorais, lançam dúvidas sobre os compromissos verdadeiros de boa parte dos parlamentares.

Por um lado, se a falta de experiência e de juízo crítico do povo brasileiro, provocada por um sucateamento do sistema de ensino no período ditatorial, facilita o convencimento da grande massa a votar em candidatos, nem sempre realmente comprometidos com seu eleitor, por outro lado, o Poder Executivo se organiza de forma paternalista, estimulando o clientelismo e sepultando de vez qualquer ideal político partidário. Neste sentido,

Surge, destarte, um ciclo vicioso que vai desde o vértice, onde entronizados o Poder Executivo, até as bases eleitorais, intermediadas por parlamentares com acesso a recursos orçamentários; conservando-se, deste modo, o clientelismo próprio de um Estado paternalista, que Immanuel Kant já identificava como o mais despótico de todos, porque impões, aos súditos, benefícios ao gosto do soberano, sob a forma de benevolência de um “pai”, em favor de “filhos” dele dependentes e eternamente gratos [...] (KANT apud PORTO, 2006, p. 185).

Utilizando-se dessas práticas, os poderes legislativo e executivo acabam desviando-se de suas funções, sendo incapazes de assegurar direitos fundamentais para seus cidadãos.

Dessa forma, podemos verificar que este Estado Paternalista e este Legislativo descompromissado, exigem a busca por uma solução, capaz de assegurar o Estado Democrático de Direito. Surge, então, o que Kant chamou de “Estado Patriótico”, senão vejamos:

[...] A análise levada a termo pelo filósofo prussiano permite concluir que, em lugar de uma cidadania passiva, própria do “Estado paternalista”, haveria que se implementar um modelo por ele denominado “Estado Patriótico” e, embora seu foco de atenção estivesse centrado na liberdades públicas próprias do Estado liberal, o modelo vaticinado por Kant pode também ser considerado o gérmen do contemporâneo Estado Democrático de Direito, isso porque, em sua valiosa concepção, o “Estado patriótico” não deveria ser baseado em políticas clientelistas, em que benefícios de origem pública são outorgados como dádivas do soberano ao povo, mas sim na caracterização do homem comum, como sujeito de direitos,

---

<sup>19</sup> A crise de representatividade que passa o Senado Federal talvez se apresente atualmente como a pior crise desta casa na Nova República.

enquanto membro de uma comunidade, em meio à qual compete a cada um comportar-se de modo solidário e responsável para com os demais, inclusive para com as gerações futuras (KANT *apud* PORTO, 2006, p. 185).

Este “Estado patriótico” preconizado por Kant, por sua vez, exige maior participação popular. Essa participação, no âmbito que nos interessa, pode ser realizada quando o cidadão busca a prestação jurisdicional, para garantir a efetivação de seus direitos fundamentais que, por sua vez, são viabilizados por meio de mecanismos procedimentais que tiveram amplo aperfeiçoamento no neoconstitucionalismo, senão vejamos:

Oportuniza-se, assim, através de mecanismos procedimentais, ora reforçados constitucionalmente, como o inquérito civil, a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, a defesa do cidadão e dos grupos sociais contra o próprio Estado e o poder econômico. Por outro lado, o controle judicial de atos legislativos foi incrementado pela Carta de 1988, quando o poder constituinte originário optou por aumentar substancialmente a comunidade de intérpretes do texto fundamental, admitindo novos legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Outrossim, além da ampliação do *judicial review*, o legislador constitucional incumbiu o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. De sorte que, da conjugação desses outros fatores, “tem sido possível criar um outro lugar de manifestação da esfera pública, decerto que ainda embrionário, na conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o poder político (PORTO, 2006, p. 186).

### 3.2.1 Do Sistema de Justiça

O Sistema de Justiça se apresenta como forma de colocar em prática mecanismos processuais para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, de modo que, “[...] não há como dispensar o Sistema de Justiça de sua missão em defesa de direitos básicos já alcançados nos textos normativos, sobretudo, quando se verifica a omissão ou a ação nefasta dos outros poderes [...]” (PORTO, 2006, p. 206).

O referido autor completa sua lição com apontamentos bastante esclarecedores:

[...] Com efeito, diante da descrença nos demais poderes republicanos, cidadãos e organizações da sociedade procuram o Ministério Público com grande expectativa de verem seus direitos atendidos pela interferência desta instituição. Até mesmo partidos políticos e parlamentares têm utilizado o Poder Judiciário para a tutela de interesses sociais, através do controle concentrado de constitucionalidade ou do fornecimento de dados e informações ao Ministério Público para propositura de ações civis públicas. **Outrossim, a politização da justiça não é apenas um caminho deliberadamente buscado pelo Sistema Judicial; este, ao contrário, tem selecionado demandas sociais para resolvê-las em seu âmbito, como**

**decorrência iniludível das próprias ineficiências e plúrimas distorções que vitimizam os poderes políticos clássicos – Legislativo e Executivo.** Aberto cognitivamente a uma realidade social plena de insegurança e negação recorrente das promessas da justiça social, **o Sistema de Justiça, tendo a missão de aplicar uma Constituição rígida e detalhada em direitos individuais e sociais e uma legislação do mesmo modo generosa para com a sociedade, transforma-se em protagonista de decisões de grande repercussão social, guiado pela mão dos múltiplos legitimados que o processo de facilitação do acesso à justiça alçou a tal prerrogativa** (PORTO, 2006, p. 206, grifos nossos).

Neste mesmo sentido, Mauro Cappelletti leciona que o Poder Judiciário, no Estado moderno, não pode ignorar as profundas transformações do mundo real, que impuseram novas responsabilidades a este poder, de modo que:

[...] um aspecto dessas novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e frequentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados (1998, p. 46).

Não obstante, quanto à legitimidade do sistema de justiça, Cândido Rangel Dinamarco (2008), ao tratar da instrumentalidade do processo, fala em escopos, ou objetivos da jurisdição. O referido autor classifica a jurisdição em três escopos: **o sociológico, o político e o jurídico.**

Para nossos estudos quanto à legitimidade do sistema de justiça, importa o estudo, ainda que brevemente, do escopo político da jurisdição que, segundo Dinamarco (2008, p. 189-199), possui três aspectos:

São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positiva do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, **assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.** Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; **participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político.** Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições (Grifos nossos).

Dos três aspectos relacionados ao escopo político da jurisdição, o que nos interessa para este estudo é exatamente o aspecto da participação. Neste sentido, Dinamarco

(2008, p. 201) esclarece: “O escopo jurisdicional de canalizar a participação democrática está à base da ação popular [...]”.

Dinamarco (2008, p. 202) acrescenta ainda sua lição, quanto à legitimidade política do sistema jurisdicional, por meio do uso da ação popular:

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.

Tem-se participação democrática, portanto e bastante significativa, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública e podendo criar condições para o anulamento de atos lesivos ao patrimônio público [...].

Leciona Porto (2006, p. 207-208) que, na visão liberal clássica, os poderes políticos estariam notadamente ao encargo do Poder Legislativo, principal responsável por seu exercício, de modo que os representantes legislativos iriam ser eleitos pelo povo e corresponderiam à assembléia nacional no seu objeto de representar a autonomia popular. Esta mesma visão liberal clássica preconizava que os direitos sociais deviam vir implementados pelo Poder Executivo, em razão de ser o gestor do orçamento público. Não obstante, esta configuração ideal passou a sofrer alterações na medida em que a sociedade se transformava de forma muito rápida, exigindo cada vez mais do Poder Executivo, que por sua vez, não admitia mais aguardar as longas discussões assembleares. Neste ínterim, o Poder Executivo foi crescentemente assumindo para si atividades legislativas, restando, marginalizados os processos democrático-representativos e, por sua vez, “[...] Neste eclipse do Poder Legislativo, ao Judiciário, até então o menor dos três poderes [...]” coube incrementar a importância social e garantir as promessas da modernidade.

Acrescenta o mesmo autor:

[...] É esclarecedora a seguinte relação entre os diferentes modelos estatais e os poderes proeminentes em cada um deles: a) o Estado Liberal tinha o Legislativo como centro decisório, pois guardava as liberdades individuais, tão caras àquele modelo estatal; b) o Estado Social, primava pelo Executivo, capaz de realizar políticas públicas e intervenções na economia tendentes à homogeneidade social; c) o Estado Democrático de Direito irá centrar sua tensão no Sistema Judiciário, pois *“inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser suprimidas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. (...) As normas-programas da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isto, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados [...]* (PORTO, 2006, p. 209, grifos do autor).

Nota-se que no Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Sistema Judicial, ou seja, do Poder Judiciário intervir nos poderes Legislativo e Executivo surge exatamente pela omissão ou ação de referidos poderes. No caso dos direitos sociais, geralmente, a legitimidade do ativismo jurisdicional está intimamente relacionada com a omissão daqueles poderes.

Neste diapasão, Porto ensina que a legitimidade política contemporânea não pode se prender tão somente aos eleitos pelo povo, senão vejamos:

Com efeito, contemporaneamente, a legitimidade política não é exclusividade dos eleitos nem tampouco se pode afirmar decorra ela imediatamente da vitória nas urnas, porquanto a legitimidade do político verificar-se-á, em verdade, não no momento de anúncio dos resultados eleitorais, mas sim no seu efetivo engajamento com as causas sociais que prometera defender e que o alçaram ao triunfo eleitoral. **Mostrando-se infiel ao seu programa, não há como se afirmar sua legitimidade pelo só facto de haver sido “ungido pelo voto popular”, donde decorrer ser correto sustentar que a legitimidade dos eleitos não advém do voto em si, mas da medida em que cada um deles se torna digno do sufrágio recebido, pela efetiva militância em favor das causas que anunciara em campanha** (2006, p. 232, grifos nossos).

Dessa forma, além da legitimidade política proveniente das urnas, na sociedade contemporânea, constitucionalizada, não podemos deixar de lançar mão do uso da legitimidade legal<sup>20</sup>, que seria aquela legitimidade dada por conta da lei, a determinado órgão. Neste sentido, assevera Porto:

Harmonizando a idéia de legitimidade como valor, com o pensamento de Max Weber, para quem o poder pode ser legitimado, não apenas na tradição ou no carisma, como também na lei, tem-se que esta legitimação, fulcrada na competência legal, somente existirá se a lei concedente for, ela própria, o resultado de um

<sup>20</sup> Quanto à questão relacionada à legitimidade política, Porto (2006) em sua obra **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela** apresenta importante lição de Max Weber que classifica referida legitimidade em tradicional, carismática e legal: “Primordialmente existem – e veremos aqui três razões internas que justificam a dominação, existindo, conseqüentemente, três fundamentos da legitimidade, inicialmente, a autoridade do “passado eterno”, ou seja, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los. Assim se apresenta o “poder tradicional”, que o patriarca ou o senhor das terras exercia antigamente. Em segundo lugar, existe a autoridade que se baseia em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo (carisma) – devoção e confiança estritamente pessoais depositados em alguém que se diferencia por qualidades prodigiosas, por heroísmo ou por outras qualidades exemplares que dele fazem o chefe. Desse jeito é o poder “carismático”, exercido pelo profeta ou – no domínio político – pelo dirigente guerreiro eleito, pelo soberano escolhido por meio de plebiscito, pelo grande demagogo ou pelo dirigente de um partido político. Em suma, existe a autoridade que se impõe pela “legalidade”, pela crença na validade de um estatuto legal e de uma “competência” positiva, estruturada em regras racionalmente estabelecidas ou, em outras palavras, a autoridade fincada na obediência, que reconhece obrigações concernentes ao estatuto estabelecido. Assim é o poder, tal qual o exerce o “servidor do Estado” atualmente e como o exercem todos os detentores do poder que dele se aproximam sob este aspecto (WEBER *apud* PORTO, 2006, p. 232).

processo democrático, em cujo âmago o debate assentou-se em valores minimamente consensuais, inspirados na reta razão, no senso de justiça e nas tradições mais autênticas. Preenchidos estes requisitos, entretanto, ninguém poderá afirmar que legitimidade política só se apresente quando direta e exclusivamente do sufrágio popular (2006, p. 232).

Neste mesmo sentido, leciona Cademartori (2008, p. 356):

A legitimidade de sua função decorre não do princípio da soberania popular (referida às condições formais das decisões) mas do Estado de direito, entendido como estrutura de poder instrumentalizada ao estabelecimento de garantias para concretização dos direitos fundamentais.

Ademais, a legitimidade funcional do Sistema de Justiça é fruto da crítica à insuficiência democrática dos poderes políticos quanto à efetivação dos direitos fundamentais, senão vejamos:

É com base nestes argumentos que se justifica a legitimidade funcional do Sistema de Justiça. Ela nasce da crítica à insuficiência democrática dos poderes políticos, somada à expectativa de que a arena judicial possa converter-se em um mecanismo de efetivação dos direitos de uma sociedade civil hipossuficiente, quando a esfera política co-representativa vem se mostrando ineficiente par tal mister (PORTO, 2006, p. 234).

Porto (200, 2006, p. 235) leciona que estamos diante de uma forma de “soberania complexa” que se organiza por meio de uma pluralidade das formas de soberania, por meio da democracia deliberativa, participativa e da atuação de organizações não-governamentais, oportunizando, cumulativamente com a cidadania clássica eleitoral, uma forma de representação funcional equivalente a mecanismos de democracia direta, “[...] presente na idéia de comunidade de intérpretes da Constituição, que influenciou a Constituição brasileira de 1988 [...]”, que prevê a ampla participação popular mediante a sociedade civil organizada e o Ministério Público no controle de constitucionalidade das leis e na defesa e implantação dos direitos fundamentais.

Essa denominada soberania complexa é elucidada por Vianna e Carvalho (2004) que lecionam que, no final da década de 1980, o legislador constituinte brasileiro, atento ao período ditatorial do país, teve a sensibilidade de não confiar apenas nas instituições da democracia representativa, prevendo, para a democracia brasileira, além da representativa, a participativa, “[...] facultando-se novos canais para a presença da cidadania na esfera pública, inclusive o Judiciário [...]” (2006, p. 219).

Os referidos autores completam ainda sua lição com apontamentos dignos de nota e extremamente importantes para os nossos estudos, já que, pretendemos demonstrar neste capítulo a importância do ativismo jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais, por meio das técnicas processuais previstas pelo legislador constituinte, senão vejamos:

Obedecendo a esse movimento, o constituinte criou o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade, **garantindo uma ampla comunidade de intérpretes – que inclui, dentre outros, entes originários do mundo da representação política e aqueles provenientes de representação funcional, como o Ministério Público e os Sindicatos** – o poder de questionar as decisões legislativas das maiorias parlamentares junto ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Estaduais, sempre que se entender que um princípio constitucional foi violado. De outra parte, a Constituição de 1988, nos aspectos em que parece se aproximar de uma definição pós-liberal, **admite os direitos coletivos, tais como o mandado de segurança coletivo, a ampliação da ação civil pública e a revitalização da ação popular – as duas primeiras também abertas à iniciativa da representação funcional**. Com isso, a ação popular se converte em importante instrumento para que o cidadão possa controlar a probidade e eficiência administrativas, facultando a todos os eleitores uma forma de ação judicializada, nos casos de omissão e/ou de decisões administrativas em todos os níveis dos poderes públicos. **Assim é que a constituição passa a ser obra aberta à interpretação da sociedade, principalmente de grupos sociais funcionalmente organizados. A representação se generaliza e não se contém mais em seu registro clássico liberal**. E, dessa perspectiva, o que antes, em nossa história e em nossas instituições, podia parecer como uma hipoteca do atraso, pode consistir, agora, em uma vantagem para a construção da democracia (CARVALHO; VIANNA, 2006, p. 219, grifos nossos).

Quanto à Ação Civil Pública, em especial, às alterações apresentadas por meio do novo estatuto da ação civil pública são mais abrangentes, de modo que, além de permitir a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente, também pode ser utilizada para a defesa de outros interesses coletivos e difusos, próprios dos novos domínios da vida econômica, social e administrativa, tal como a questão relacionada aos deficientes físicos, às crianças e aos adolescentes, às minorias étnicas e aos idosos, dos consumidores, do controle da administração pública por meio de ação de improbidade administrativa, questões relacionadas à qualidade de vida e à democratização das cidades etc. (CARVALHO; VIANNA, 2006, p. 219-220).

Acrescentam ainda referidos autores:

[...] A apropriação desses novos direitos pelo instituto da ação civil pública, favorecida pela jurisprudência firmada com base na imprecisão da norma que o criou, facultou o controle do cidadão – quer de forma individualizada, quanto agência suas demandas por meio do Ministério Público, quer de forma coletiva, quando o faz mediante o recurso às associações civis – sobre as decisões do poder público, dos agentes de mercado e da sociedade (CARVALHO; VIANNA, 2006, p. 220).

É importante destacar que a legitimidade do Sistema de Justiça representa considerável evolução da democracia representativa do Brasil, ao ponto de Carvalho e Vianna fazerem questão de asseverar que:

[...] Atualizada pelo legislador constituinte de 1988, a partir de uma intervenção reflexiva na tradição da cultura política brasileira, a concepção de comunidade tem seu eixo de gravidade deslocado do Estado para a sociedade civil, convertida, pelo próprio texto constitucional, em ator da democracia participativa, que vai ter nos novos instrumentos processuais do direito o seu mais importante cenário. Sem a mediação de representação política, indivíduos (nas ações populares) e associações (em especial, nas ações civis públicas) podem intervir diretamente na vida pública e na busca do bem comum, inclusive, como já se ressaltou, no controle de constitucionalidade das leis – caso em que a vida associativa é tida como um membro da “comunidade dos intérpretes” da Constituição [...] (2006, p. 221-222).

Vale destacar, assim, que todas as mudanças e influências apresentadas pela robusta constitucionalização de todos os ramos do direito, no movimento intitulado por neoconstitucionalismo, foram preciosamente aproveitadas pelo legislador constituinte que aproveitou a oportunidade histórica que lhe foi dada para aperfeiçoar o sistema de representatividade popular, legitimando o poder judiciário na intervenção dos demais poderes no âmbito de buscar a interpretação correta dos princípios constitucionais na busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Como vimos, o legislador dotou o cidadão de inúmeros instrumentos processuais de efetivação dos direitos fundamentais. Esses instrumentos, em ampla consonância com as diretrizes propostas pelo movimento denominado neoconstitucionalismo, visto no primeiro capítulo, somadas com as diretrizes desencadeadas de referido movimento na mudança de paradigma quanto à nova hermenêutica constitucional, visto no segundo capítulo, objetivam impor ampla efetividade jurisdicional na busca da implantação e manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

Antes de estudarmos a ação civil pública, iremos estudar, ainda que brevemente, as diretrizes e os avanços conquistados até aqui pela consecução da criação do microsistema processual de direito coletivo brasileiro.

### **3.3 Do microsistema processual de direito coletivo brasileiro**

O movimento denominado neoconstitucionalismo, que desencadeou os estudos para a criação da nova hermenêutica constitucional, ambos estudados nos dois

primeiros capítulos deste estudo, demonstra as preocupações dos aplicadores do direito em geral pela busca da efetividade na implantação e manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

Os microssistemas processuais, por sua vez, são uma realidade no ordenamento jurídico europeu e brasileiro. Fruto da complexidade crescente das relações civis e da constitucionalização do Direito Civil que ocorreram em vários países.

Assim, saímos de um sistema de codificação ampla das relações, que era oportuno em determinado momento histórico, defendido por grandes juristas, para a adoção dos microssistemas processuais com atuação mais específica.

Não obstante, o mesmo professor ensina que: “[...] hoje há um movimento de fuga dos Códigos, sobretudo por situações recentes criadas pela complexidade crescente das relações civis e da constitucionalização do Direito Civil”. (VARELA, 1984, p.503).

Assim, Antunes Varela (1984) assevera que muitas matérias das mais importantes do direito privado, do ponto de vista da sua aplicação prática – tradicionalmente reguladas no Código Civil - saíram deste diploma para se fixarem em leis e regulamentos próprios.

Já o professor Luis Guilherme Marinoni (2000, p. 69), classificou o surgimento dos microssistemas de forma interessante. Para referido autor, o ordenamento jurídico, em geral, “[...] aponta-se, agora, para a molecularização do direito e do processo”. (MARINONI, 2000, p.69)

Para Marinoni (2000), como o processo é apenas um instrumento de funcionalização do direito material, surgiu a necessidade de uma adequação de suas categorias processuais clássicas para melhor atender aos novos conflitos emergentes da sociedade massificada. E isso se deu não pela reformulação das normas codificadas, mas pela organização de microssistemas processuais voltados ao regramento específico de relações que exigem tutela coletiva.

É evidente, como podemos ver, que os microssistemas processuais são formas de resposta do legislador à evolução da vida em sociedade, de modo que, certamente, haverá ainda um grande crescimento do número de microssistemas processuais em nosso ordenamento jurídico na busca constante por maior acesso à justiça e um processo mais célere.

Essa dinâmica toda do surgimento dos microssistemas, no entendimento da Ilustre professora, Ada Pellegrini Grinover, seria fruto, não apenas das novas dinâmicas

sociais existentes, mas também do surgimento do Código Processual brasileiro deficitário por algumas discussões relacionadas ao direito coletivo, senão vejamos:

O Código de Processo Civil de 1973, direcionado aos litígios com a marca da singularidade, já surgiu com um certo déficit em relação às demandas coletivas. Isso porque foi editado justamente na época em que veio à tona o debate acerca de direitos metaindividuais. Note-se que o Congresso de Paiva de 1974, na Itália, que contou com a participação de autores como Cappelletti, Denti, Proto Pisani, Vigoriti e Trocker, promoveu ampla discussão a respeito dos aspectos essenciais desses direitos emergentes das relações massificadas. (2000, p.404)

É natural que as grandes codificações já surjam com alguns aspectos técnicos ultrapassados. Isto ocorre em razão do formalismo necessário para a criação das leis, e, principalmente porque nos grandes sistemas, ao contrário do que ocorre nos microssistemas, o legislador se vê obrigado a tratar de uma enorme gama de assuntos. Dessa forma, se não há como evitar o formalismo citado, foi necessário encontrar uma solução que fosse um pouco mais célere, qual seja, a criação dos microssistemas processuais.

Logo, se os grandes Códigos não podem tratar com profundidade de todos os assuntos que fazem parte do seu bojo, naturalmente, os microssistemas processuais irão cumprir referida função, já que possibilitam um estudo mais detalhado e apropriado das relações processuais e matérias da vida cotidiana.

Não obstante, apenas o surgimento dos microssistemas não seria capaz de proporcionar um amplo acesso à justiça. Surgiu assim a necessidade de se ampliar a legitimidade para se criar entes legitimados com ampla representatividade para pleitear os interesses de maior gama de beneficiários.

Neste diapasão é que temos o surgimento de microssistemas como a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que veio disciplinar a Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, que representam clara resposta do legislador em busca da efetividade do acesso à justiça de pessoas que não teriam como buscar a prestação jurisdicional individualmente.

Essa é a opinião do professor José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 6):

As demandas promovidas coletivamente passam a representar uma forma de socialização do processo, até então hermeticamente direcionado a questões singulares, sem maior projeção além da estrita esfera jurídica das partes litigantes. Essa concepção social do processo, que tivera origem na reforma do processo civil

austríaco, dirigida por Franz Klein em 1985, desperta mais recentemente, para a tutela jurisdicional de interesses com dimensão transindividual.

A importância da evolução dos microssistemas na tutela coletiva, como pudemos ver nas palavras do professor Moreira (1984, p.06), está relacionada diretamente com a ampliação da legitimidade de certos entes e órgãos de classe que passam a ter a prerrogativa de postular em juízo em nome de grandes grupos sociais, determinados ou indeterminados. A possibilidade de um órgão legitimado poder provocar o judiciário para resolver conflitos que envolvem interesse de toda uma coletividade, certamente foi um fantástico passo dado pelo legislador na busca do acesso à justiça e até mesmo da celeridade processual.

O legislador Constituinte de 1988, atento a isso, e atento à reforma processualista Austríaca, realizada em 1985, conferiu ampla proteção aos possíveis interesses de dimensão coletiva, fazendo previsão ampla de diversas formas de intervenção na tutela de tais interesses. Estabeleceu a possibilidade de representação judicial e extrajudicial para as entidades associativas [art. 5º, XXI]; o mandado de segurança coletivo [art. 5º, LXX]; a ação popular [art. 5º, LXIII]; a defesa dos interesses individuais e coletivos das categorias representadas pelas entidades sindicais [art. 8º, III]; e a ação civil pública pelo Ministério Público [art. 129, III], num claro sinal de mudança de paradigma quanto a assegurar o amplo acesso à prestação jurisdicional.

Oportuno lembrarmos o conceito de Ação Coletiva por meio dos ensinamentos do professor Antônio Gidi (1995, p. 16): “[...] é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade”.

Assim, as Ações Coletivas ajudam a resolver dois grandes problemas do judiciário: - dando legitimidade para um ente, ou associação promover ação em nome de toda a coletividade, diminui-se a quantidade de ações individuais que buscam o mesmo objeto, evitando-se assim maior abarrotamento do judiciário; - a segunda vantagem é que certamente o Ministério Público, ou as entidades de classe por exemplo, possuem maior capacidade técnica para identificar os casos de agressões aos interesses das massas do que o cidadão comum.

Neste sentido, Almeida ensina que:

**O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o neoconstitucionalismo.** A implementação material desses direitos, **especialmente no plano coletivo, que é potencializado**, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana [...] (2007, p. L, grifos nossos).

Essa efetivação dos direitos constitucionais que é potencializada por meio do uso do direito processual coletivo, poderá ser utilizada como ferramenta extremamente eficiente na transformação da realidade social brasileira, prescindindo e da construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada (ALMEIDA, 2007, p. L).

Como já vimos anteriormente, uma das principais dificuldades na implantação dos novos sistemas apresentados pelo modelo denominado de neoconstitucionalismo, se circunscreve exatamente na formação positivista e conservadora de alguns operadores do direito que não perceberam que as mudanças de paradigmas provocadas por referido movimento, apesar de ter ocorrido em menos de um século, são definitivas.

Neste diapasão, deve haver um amplo trabalho de conscientização da classe jurídica (advogados, juízes, promotores) quanto às mudanças e aos benefícios trazidos por toda essa evolução ocorrida a partir da segunda metade do século XX.

Neste sentido, iremos estudar, neste momento, os avanços já concretizados por meio do microsistema de direito processual coletivo brasileiro.

### **3.3.1 Do microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum**

Arruda Alvim (2005, p. 73) leciona: “O processo individualista era impróprio e internacionalmente inepto para a proteção de situações coletivas, às quais as sociedades eram avessas, quando se formou essa concepção de processo, nos séculos XIX e limiar do XX”.

A concretização de um microsistema de tutela processual coletiva comum surgiu com a criação do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

O CDC faz surgir um momento histórico especial, pois a Lei 8.078, de 11.09.1990, ao inserir na LACP o art. 21, criou um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, o qual decorre da completa interação entre parte processual do CDC e a LACP. A aplicabilidade aqui entre o CDC, parte processual, e a LACP, não é subsidiária, mas integrada (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP) (ALMEIDA, 2007, p. 20).

O referido microsistema promove a composição de um conjunto organizado de normas de superdireito processual coletivo comum, sendo considerado um apanhado de normas processuais coletivas gerais do sistema jurídico brasileiro (ALMEIDA, 2007, p.20).

As mudanças provocadas pela concretização, composição e surgimento deste microsistema processual de tutela coletiva comum irá promover uma verdadeira revolução no sistema processual coletivo brasileiro, podendo ser destacados, inclusive, alguns aspectos desta revolução. Para tanto, utilizaremos lição de Almeida (2007) que, apesar de ser um pouco extensa, em razão de sua importância, permite a transcrição na íntegra:

Outros aspectos merecem destaque em relação ao CDC (Lei. 8.078/90) Primeiro por ter inserido na LACP o princípio da não-taxatividade de seu objeto material (art. 1º, IV da LACP). Depois por ter disciplinado de forma tripartida o conceito legal de interesses ou direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, do CDC), conferindo, ainda, por coerência, tratamento tripartite à coisa julgada coletiva (art. 103 do CDC). Em síntese e com o objetivo de destacar ainda mais a importância histórica da Lei 8.078/90 (CDC) no plano das tutelas jurisdicionais coletivas do Brasil, verifica-se que esta lei aperfeiçoou, em muito, a LACP, já que: o art. 110 do CDC inseriu o art. 1º da LACP, o inciso IV, adequando-a ao estatuído no art. 129, III, da CF, que consagrou o princípio da não taxatividade do objeto material da ação civil pública, conforme já apontado; o parágrafo 3º do art. 5º da LACP teve sua redação alterada e ampliada pelo art. 112 do CDC, para que não só o Ministério Público pudesse assumir a titularidade ativa da ACP em caso de desistência, mas qualquer outro legitimado, sendo a redação também alterada para admitir essa assunção da titularidade quando a desistência fosse infundada, acrescentando, também, a sua admissibilidade em caso de abandono da ação; o parágrafo 4º do art. 5º da LACP foi acrescentado pelo art. 113 do CDC e prevê a dispensa pelo juiz (*ope judicis*) da pré-constituição da associação quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou em razão da relevância do bem jurídico a ser protegido; o parágrafo 5º do art. 5º da LACP foi acrescentado também pelo art. 113 do CDC, dispositivo esse que prevê a admissibilidade de litisconsórcio facultativo entre os Ministério Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida a LACP; o parágrafo 6º do art. 5º da LACP foi igualmente acrescentado pelo art. 113 do CDC e prevê a tomada pelos órgãos públicos legitimados dos interessados de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações legais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial; o art. 15 da LACP teve sua redação alterada pelo art. 114 do CDC, que acrescentou no final da sua redação o seguinte: ‘...facultada iniciativa aos demais legitimados’; art. 17 da LACP teve revogado o seu parágrafo único e a redação do seu capu foi alterada pelo art. 116 do CDC passando a constar, em sua parte final, redação relativa às associações autoras; por fim, o art. 21 da LACP foi incluído pelo art. 117 do CDC e é ele, juntamente com o art. 90 do CDC que faz a integração entre a LACP e a parte processual do CDC, formando, assim, o denominado microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum (ALMEIDA, 2007, p. 20-21).

Corroborando, Teori Albino Zavascki (2007, p. 38) leciona:

Surgiu logo depois, o Código de Proteção de Defesa do Consumidor ( Lei 8.078, de 11.09.1990), que, entre outras novidades, disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento – que denominou de ação civil coletiva (art. 91) – para defesa conjunta de direitos individuais homogêneos, valendo-se, também para esse fim, da técnica da legitimação por substituição processual ( art. 82).

**Formando todo esse cabedal normativo, não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna [...] (grifo nosso).**

Referido microsistema processual se apresenta de forma tão completa e revolucionária que é possível, inclusive, conceituar o direito processual coletivo brasileiro como ramo autônomo do direito, o que será objeto de próximo item.

Outrossim, Almeida (2007, p. 31) assevera que “[...] se vivemos em uma sociedade massificada, se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, torna-se imprescindível também a concepção de um direito processual massificado”.

Neste mesmo sentido, corrobora Arruda Alvim (2005, p. 74-75):

**O que se mostrou necessário foi idealizar um aparato que, dentre as suas finalidades, servisse à vida social em massa**, por meio da reconfiguração, às vezes, senão quase sempre, radical de institutos jurídicos, que, nessa nova roupagem, guardam pouquíssima relação com aqueles institutos de que se poderia pretender houvessem sido a matriz destes novos (Grifos nossos).

Em uma sociedade massificada, de valores diversificados e grande rol de direitos a se proteger e garantir, não cabe mais a pretensão de se utilizar técnicas processuais individualistas. Surge a necessidade de aperfeiçoamento de técnicas processuais massificadas, condizentes com uma sociedade igualmente massificada.

Outrossim, sustenta ainda Almeida (2007, 2007, p. 31) que o direito processual coletivo brasileiro, no plano relacionado ao seu objeto material, deve ser dividido em especial e em comum. Essa divisão, como iremos verificar, se apresenta de forma necessária na medida em que os instrumentos processuais coletivos irão ter objetos diferentes, sendo um objeto relacionado ao controle de constitucionalidade e o outro objeto relacionado com a defesa dos direitos transindividuais.

Neste diapasão, a respeito do direito processual coletivo especial, leciona Almeida (2007, p. 32):

O direito processual coletivo especial se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão,

ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de interesse coletivo objetivo legítimo. Especial porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição [...].

No direito processual coletivo especial, a tutela está voltada à proteção, em abstrato, de forma potencializada da Constituição, englobando o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais (ALMEIDA, 2007, p.32).

Outrossim, quanto ao direito processual coletivo comum, é possível verificar que se trata da “[...] resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude [...]”, o que se dará por meio do uso da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular etc. (ALMEIDA, 2007, p.32).

Quanto ao objeto tutelado pelo direito processual coletivo comum, o referido autor leciona que são “[...] os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)” (ALMEIDA, 2007, p.32).

Desta forma, o direito processual coletivo comum se caracteriza como instrumento de efetivação potencializada da Constituição, tendo atenção especial pela manutenção e efetivação do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo elencados como instrumentos processuais do direito processual comum o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a ação popular etc. (ALMEIDA, 2007).

Neste sentido, Almeida (2007, p. 32) apresenta conceito digno de nota:

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social.

É oportuno observar que o conceito proposto por Almeida (2007) se apresenta de forma plenamente ampla e completa, não deixando de lado as espécies do direito processual coletivo comum e especial acima estudadas, o que garante a efetividade da tutela jurisdicional do Estado Democrático de Direito, bem como, dos direitos e garantias fundamentais.

### 3.3.2 Natureza jurídica do direito processual coletivo comum

Quanto à natureza jurídica do direito processual coletivo comum, é importante observar que está condizente com a evolução desencadeada a partir da segunda metade do século XX pelo neoconstitucionalismo, de modo que, iremos mais uma vez, aproveitar da lição de Almeida (2007):

A natureza jurídica do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual constitucional-social, de sorte que ele não nega a teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito processual. O seu método não é o técnico-jurídico, mas o pluralista, que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionalizada. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-telológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um megaelemento: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça (ALMEIDA, 2007, p. 33).

Nota-se, assim, que a natureza jurídica do direito processual coletivo brasileiro se apresenta de forma robustamente importante por se tratar de uma natureza processual-constitucional-social, com a função, não menos elevadamente importante de potencializar a proteção direcionada para a Constituição da República Federativa do Brasil e seu Estado Democrático de Direito, com resultado na promoção e transformação da realidade social por meio do uso dos instrumentos jurisdicionais.

Salienta ainda Almeida (2007) em sua obra **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**:

[...] A natureza constitucional do direito processual coletivo brasileiro decorreu, especialmente, da opção do legislador constituinte de 1988, que conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (art. 1º; art. 5º, XXXV, LXX, LXXI, LXXIII; art. 14, parágrafos 10 e 11, art. 37, parágrafo 4º, art. 114, parágrafo 2º, art. 129, III, parágrafo 1º, art. 102, I, a, parágrafos 1º e 2º, art. 103, parágrafos 1º, 2º e 3º, art. 125, parágrafo 2º, entre outros dispositivos da CF/88), dispondo, ainda, sobre o objeto material do processo coletivo em inúmeras oportunidades (art. 5º, XXIII, XXXIII, 6º, 37, parágrafo 4º, 182, 196, 197, 205, 215, 217, 220, 221, 225, 231 etc.). E mais: a própria proteção dos direitos coletivos está dentro da teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88) (ALMEIDA, 2007, p. 60).

Desta forma, destaca ainda Almeida (2007, p. 60) que em razão da natureza constitucional do direito processual coletivo brasileiro, todos os métodos, princípios e regras de interpretação do direito constitucional se aplicam também ao direito processual coletivo.

Não obstante, para garantir a eficácia de objeto tão nobre, identificado na natureza jurídica do direito processual coletivo comum, faz-se necessário o estudo e a aplicação de um sistema de princípios adequados ao neoconstitucionalismo e a sua hermenêutica constitucional, o que será objeto de estudos do próximo item.

### 3.3.3 Princípios processuais do direito processual coletivo comum

Antes de tratarmos propriamente dos princípios processuais do direito coletivo comum brasileiro, é importante observar que referidos princípios possuem como matriz principiológica o princípio democrático. Neste sentido, iremos abordar o referido princípio antes de tratarmos dos demais.

O jurista português, J. J. Gomes Canotilho (2003) apresenta lição digna de nota a respeito do princípio democrático:

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social [...] Neste sentido se podem interpretar os preceitos constitucionais que apontam para a transformação da República portuguesa numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1º), para a realização da democracia económica, social e cultural (art. 2º), para a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como para a efectivação de direitos económicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. 9º/d) (CANOTILHO, 2003, p. 289).

Ruy Samuel Espíndola (2008, p. 252) ensina, quanto ao princípio democrático que:

O princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF) exige que se otimizem, em todos os níveis (legislativo, executivo e judicial), os instrumentos de controle sobre a administração pública, sobre o poder público e se maximizem os direitos fundamentais da pessoa humana, direitos que devem constituir padrões de conduta material para os gestores e para as instituições administrativo-públicas. Este princípio exige que a administração prossiga seus fins públicos orientados por um dos grandes princípios capitais, que constitui decorrência normativa e axiológica do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana. A personalização do Direito Administrativo e a refundamentação do conceito de interesse público em bases jusfundamentais exigem o olhar atento do jurista e dos aplicadores do Direito.

O princípio democrático se apresenta como condição de alicerce fundamental do Direito e da própria organização social a ser seguida pelo país, constituindo-se no mais importante eixo que alimenta a transformação da realidade social com justiça, sendo no Brasil, o princípio do Estado de Direito, previsto logo no art. 1º *caput*, da Constituição Federal (ALMEIDA, 2007, p. 62).

Assevera ainda Almeida (2007, p. 62):

No princípio democrático, estão fundamentados todos os demais princípios e regras constitucionais, **principalmente os que compõem o direito processual coletivo, na sua condição de instrumento constitucional de proteção e de efetivação potencializada da Constituição e das suas garantias e direitos fundamentais.** Com efeito, o direito processual coletivo brasileiro, seja como instrumento de proteção potencializada da Constituição, seja como instrumento de sua efetivação e transformação positiva potencializada da realidade social, **inspira-se e fundamenta-se no princípio democrático, do qual as suas diretrizes principiológicas e regras interpretativas devem ser extraídas.** (Grifos nossos).

Diante de sua importância e amplitude, “[...] O princípio democrático constitui, assim, a democracia em seu sentido dinâmico e é base constitucional que vincula e inspira o processo de mudança da realidade social [...]” (ALMEIDA, 2007, p.62). Devendo, desta forma, todos os demais princípios do processo coletivo comum observar o princípio democrático como diretriz primária estrutural de seu conteúdo (ALMEIDA, 2007, p.63).

Outrossim, o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo decorre da função do Estado Democrático de Direito de se apresentar como órgão transformador da realidade social e, ainda, por se apresentar como guardião dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, tendo fundamento legal nos artigos 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (ALMEIDA, 2007, p. 34).

Por meio deste princípio, o “[...] juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 34).

Esse princípio determina que o juiz - levando-se em consideração o interesse jurisdicional social de se resolver uma demanda coletiva, bem como, suas vantagens, tais como a economia processual, menor quantidade de litigantes individuais etc - deverá mitigar os requisitos processuais para a legitimidade do processo coletivo sempre levando em conta a função social da jurisdição e os benefícios que a jurisdição coletiva pode trazer para a sociedade ao se eliminar grande número de demandas de litigantes que iriam impetrar ações de forma individual.

Em consonância com o princípio democrático, podemos apontar o princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum, de modo que seu estudo se justifica em razão da supremacia do interesse social, presente no processo coletivo, sobre o interesse privado, próprio do processo individual, tendo sua fundamentação legal no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, possuindo fundamento também na regra interpretativa do sopesamento (ALMEIDA, 2007, p. 34).

Marinoni e Arenhart (2004) lecionam que ao se priorizar a tutela jurisdicional coletiva comum, promove-se a eliminação do custo de inúmeras ações individuais, ao tornar o trabalho do Poder Judiciário mais racional, deixando o sistema jurisdicional mais seguro e célere.

Referido princípio leva em consideração a instrumentalidade de se julgar várias demandas de forma coletiva, evitando-se que várias pessoas batam à porta do judiciário individualmente, causando maior dispêndio da máquina judiciária.

Outrossim, quanto à legitimidade para propositura de ações civis públicas, podemos citar o princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável.

Não obstante, vale fazer um breve estudo quanto à legitimidade ativa em geral da ação civil pública. A legitimidade para propositura de ação civil pública está condicionada à defesa dos direitos transindividuais, como se pode verificar na transcrição da Lei nº 8.625, de 12/02/1993, intitulada de Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, estabelecendo em seu artigo 25, inciso IV, que a ação civil pública tendo por finalidade a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, bem como também, para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem (CARVALHO FILHO, 2009, p. 126).

Além da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a legitimidade para propositura de ação civil pública pode ser encontrada ainda na Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993, que prevê organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 6º, inciso VII, além é claro do artigo 1º da Lei nº 7.347, de 24/07/1985, bem como

os artigos 127, caput e o artigo 129, III, da Constituição Federal de 1988 e por fim, o artigo 81, parágrafo único, inciso I e II, e artigo 82 do Código de defesa do consumidor.

Outrossim, o princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa determina que “[...] que é suficiente a afirmação de direito ou interesse coletivo para presumir a legitimidade ativa provocativa; não há necessidade de se questionar à real titularidade do direito coletivo alegado para se concluir pela legitimidade [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 35). Referido princípio encontra-se fundamentado nos artigos 127, caput<sup>21</sup>, e 129, incisos II e III<sup>22</sup>, quanto à legitimação do Ministério Público e com relação aos demais legitimados, sua fundamentação se apresenta por meio do artigo 129, parágrafo 1º da Constituição Federal e artigo 82<sup>23</sup>, do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 5º<sup>24</sup> da Lei de Ação Civil Pública (ALMEIDA, 2007, p.35).

Referido princípio é de elevada importância para a efetivação da proteção dos direitos transindividuais, devendo ser interpretado de forma ampliativa, jamais se admitindo a interpretação limitativa a exemplo do que se conclui por meio da inteligência do próximo princípio.

Ademais, ainda em consonância com os princípios anteriores, podemos citar o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum. Referido princípio

---

<sup>21</sup> Artigo 127 da CF. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Cristina Vaz dos Santos. **Código Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal + legislação complementar + legislação complementar**: obra coletiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67).

<sup>22</sup> Artigo 129 da CF. São funções institucionais do Ministério Público: I I – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Cristina Vaz dos Santos. **Código Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal + legislação complementar**: obra coletiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69).

<sup>23</sup> Artigo 82 do CDC. Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código. Dispensada a autorização assemblear.; § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Cristina Vaz dos Santos. **Código Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal + legislação complementar**: obra coletiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 947).

<sup>24</sup> Artigo 5º da ACP. Têm legitimidade para propor ação principal e ação cautelar: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (CARVALHO FILHO, **Ação Civil Pública**: comentários por artigo. 7. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009).

decorre da combinação entre os artigos 83<sup>25</sup> do Código de Defesa do Consumidor e 21 da Lei de Ação Civil Pública, por meio do qual se extrai que “[...] são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 35). Trata-se, segundo a lição de Almeida (2007) de norma de hipereficácia e condição de superdireito processual coletivo comum, também encontrado previsto no artigo 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 82 do Estatuto do Idoso (ALMEIDA, 2007, p. 35).

Por sua vez, o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum possui seu fundamento jurídico localizado no artigo 103, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor e prevê a transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva, proveniente das demandas de tutela de direitos e interesses difusos e coletivos para o plano individual (ALMEIDA, 2007, p. 35).

Destaca ainda Almeida (2007):

Esse princípio decorre do próprio espírito do direito processual coletivo comum, visto que, por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se revolver em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se nesse caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade [...] (ALMEIDA, 2003, p. 35).

Apesar de existir previsão expressa no microsistema processual formado entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, como a maioria dos demais princípios aqui estudados, veremos, que, infelizmente, na prática, ainda não foi possível firmar o fantástico entendimento deste princípio.

Outrossim, em referência ao princípio da máxima efetividade do processo coletivo, Gregório de Assagra Almeida (2007, p. 35-36) leciona que:

Por força desse princípio deve ser alcançada a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na demanda coletiva. Assim, o juiz, para alcançá-la, devera determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, para que a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima. O interesse social, sempre presente nas variadas forma de tutelas jurisdicionais coletivas, faz com que se esgotem, no processo coletivo, todos os meios de provas no sentido de enfrentar o mérito, com a pacificação social com justiça.

---

<sup>25</sup> Artigo 83 do CDC. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de proporcionar sua adequada e efetiva tutela. CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Cristina Vaz dos Santos. **Código Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal + legislação complementar**: obra coletiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 947).

Em razão do interesse social constante dos processos coletivos, referido princípio determina que o juiz deverá se atentar para o uso efetivo de todas as formas possíveis de investigação e produção de provas, podendo requerê-las até mesmo de ofício.

Outro princípio de grande importância e magnitude é o princípio da não-taxatividade da ação coletiva decorre dos artigos 5º, inciso XXXV e artigo 129, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 1º, inciso IV, da Lei de Ação Civil Pública, determinando que qualquer interesse coletivo poderá ser objeto de ação coletiva (ALMEIDA, 2007, p. 36).

Corroborava ainda Hamilton Alonso Jr (2005, p. 208):

De mais a mais, o sistema processual coletivo, instaurado a partir da Lei Federal 8.078/1990, não se limitou a abrir as portas do Judiciário, no tocante aos direitos metaindividuais, por meio desta cláusula de extensão (outros interesses difusos e coletivos). Foi além. **Garantiu que para a defesa destes direitos todas as espécies de provimento são admissíveis.** Esta é a leitura do art. 83 do CDC que vem ao encontro do processo como quer Cândido Rangel Dinamarco [...] (Grifos nossos).

Ademais, Alexandre Amaral Gavronski (2005, p. 28) ensina que:

A primeira evidência desse fenômeno foi o significativo incremento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que nas constituições anteriores era assegurado apenas quanto à lesão individual, sendo, a partir da Constituição de 1988, garantido para toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV do art. 5º), seja ela individual ou coletiva, visto que nenhuma restrição constou do texto constitucional. Com o mesmo intuito e ao tempo e que conferia *status* constitucional à ação civil pública e ao inquérito civil, incluídos dentre as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III), a Constituição atribuiu à Instituição a função de promover a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”, inserindo assim norma de extensão tão ampla quanto a que fora vetada pelo Presidente da República e viabilizando uma tutela global dos interesses coletivos.

A Lei 8.078, de 11.09.1990, tratou de consolidar essa ampliação, (re)incluindo o inc. V no art. 1º da Lei 7.347, para tornar cabível a ação em tela para a proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. [...]

É possível verificar desta forma uma clara evolução positiva na efetivação da tutela dos direitos transindividuais, principalmente com a Constituição Federal de 1988 e com o advento do Código de Defesa do Consumidor que garantiram expressamente ao aplicador do direito um farto número de instrumentos processuais para a consecução da efetiva proteção dos direitos transindividuais.

Já o princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva determina que a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva esta

sujeito ao controle dos outros legitimados ativos, em especial o Ministério Público que poderá assumir a referida ação (ALMEIDA, 2007, p. 36).

Assevera ainda o mesmo autor:

Se a desistência for levada a efeito pelo Órgão do Ministério Público, e o Juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, submetendo a desistência ou abandono ao conhecimento e à apreciação do Chefe da respectiva Instituição do Ministério Público. Também o abandono não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, II ou III (contumácia bilateral ou unilateral, respectivamente), do CPC, de sorte que não é compatível a ocorrência de preempção em sede de demandas coletivas (art. 5º, parágrafo 3º, da 7.347 e art. 9º da Lei 4.717/65) (ALMEIDA, 2007, p. 36).

Trata-se de uma garantia processual eficiente. Neste trabalho, iremos analisar, à frente, as dificuldades enfrentadas pelos demais legitimados para propor e bem desenvolver uma ação civil pública, dificuldades essas técnicas e até mesmo de falta de recursos, de modo que, havendo a propositura de ação civil pública por uma associação que se vê sem recursos financeiros para continuar a demanda e tenha que desistir da mesma, poderá o Ministério Público assumir referida demanda.

Outro princípio de elevada importância que não poderíamos deixar de citar é o princípio da legitimidade ativa concorrente pluralista. Assim, por ser, no direito processual coletivo, a legitimidade ativa, concorrente ou pluralista, por imposição constitucional, esta não pode ser interpretada de forma restritiva ou fechada e sim de forma aberta e flexível, estando referido princípio fundamentado nos artigos 129, parágrafo 1º, 125, parágrafo 2º e 103 da Constituição Federal de 1988 (ALMEIDA, 2007, p. 37).

Referido princípio enfrenta grande resistência em sua aplicação em virtude conta da formação jusprivatista de nossos aplicadores do direito, não obstante, podemos observar a existência de algumas decisões, anteriormente à própria lei que considerou a Defensoria Pública parte legítima para propor ações civis públicas. Referidas decisões representam visão de vanguarda, em absoluta pertinência com os princípios do direito processual coletivo e com os conflitos de massa existentes na sociedade atual, senão vejamos:

"Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela de interesses consumeristas. *Legitimidade ad causam* do Núcleo de Defesa do Consumidor *da* Defensoria Pública para a propositura *da* ação. **A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública** àqueles especificamente destinados à defesa de interesses e direitos protegidos pelo Código. **Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a**

**Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor.** Provimento do recurso para reconhecer a *legitimidade ativa* ad causam da apelante. (TJRS, AC 2003.001.04832, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 26.08.2003 - grifos nossos.) (QUEIROZ, Cláudia Carvalho. A legitimidade da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, nº 867, 17 nov. 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566>> acessado em: 06 out. 2009).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFENSORIA PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – CRÉDITO EDUCATIVO – Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Crédito Educativo. *Legitimidade ativa* da Defensoria, para propô-la. **Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente, para propor ação civil Pública, em prol dos estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo.** Assim, a decisão que rejeitou a argüição de ilegitimidade *ativa*, levantada pelo Parquet, não lhe causou qualquer gravame, ajustando-se, in casu, à restrição acolhida na ADIN 558-8-RJ – Recurso reputado prejudicado em parte e em parte desprovido." (TJRJ, AI 3274/96, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira, j. 25.02.1997 – grifos nossos). (TJRS, AC 2003.001.04832, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 26.08.2003 - grifos nossos.) (QUEIROZ, Cláudia Carvalho. A legitimidade da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, nº 867, 17 nov. 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566>> acessado em: 06 out. 2009).

Quanto à legitimidade ativa da Defensoria Pública, André da Silva Ordacgy (2008, p. 93, assevera que:

A legitimidade ativa da Defensoria Pública na tutela coletiva, mediante lei, é muito bem-vinda, embora tenha chegado com certo atraso, visto que a Defensoria é Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cuja assistência jurídica ainda não se fazia integral no campo da coletividade, o que prejudicava o acesso à justiça e a inclusão social.

Entretanto, a jurisprudência já agasalhava algumas das atuações da Defensoria no campo da tutela coletiva, mesmo quando não tinha por objeto uma relação de consumo [...]

Faz questão de acrescentar, ainda o referido autor, as infinitas vantagens trazidas pela legitimação ativa da Defensoria, senão vejamos:

Os benefícios desta novel legitimidade da Defensoria Pública serão gigantescos para a sociedade, visto que não mais será necessário ajuizar demandas individuais repetidamente (pulverização de ações), podendo haver a substituição pela tutela coletiva. A utilização da ação civil pública pela Defensoria acarretará significativa desburocratização do órgão estatal judiciário e diminuição das demandas individuais e, via de conseqüência, o desafogamento de processos e o combate à exclusão social, através da propiciação de efetivo acesso à justiça (ORDACGY, 2008, p. 85-86).

Por seu turno, é importante destacar ainda que a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública não pode se circunscrever apenas às pessoas consideradas economicamente necessitadas, ou seja, àquelas que não possuem condição de arcar com as custas processuais de uma demanda sem que ocorra prejuízo para a manutenção material de seu lar, devendo se reconhecer também referida legitimidade para as coletividades em geral, senão vejamos:

Há, porém, um outro público-alvo para a Defensoria Pública: as coletividades. É que estas nem sempre estão organizadas (em associações de classe ou sindicatos, por exemplo) e, com isso, tornam-se hipossuficientes na busca da tutela jurisdicional referente a interesses ou direitos transindividuais. Era preciso, então, reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a defesa de tais interesses. Negar tal legitimidade implicaria contrariar a idéia de que incumbe ao Estado (e a Defensoria Pública é, evidentemente, órgão do Estado) assegurar ampla e efetiva tutela jurisdicional a todos. Decorre, pois, essa legitimidade diretamente do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República (CÂMARA, 2008, p. 46-47).

Apesar das louváveis decisões supracitadas, e até mesmo da Lei nº 11.448/2007 aqui comentada, é possível observar ainda grande resistência dos aplicadores do direito, havendo inclusive a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.943/07, movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) perante o Supremo Tribunal Federal.

Com relação à referida resistência, vale destacar mais uma vez a lição de André da Silva Oracy (2008, p. 95):

Dos objetos supracitados, a Defensoria Pública deve enfrentar séria resistência no que concerne à legitimidade para o manejo da ação de improbidade administrativa, principalmente quanto à medida cautelar prevista no art. 16 da Lei nº 8.429/92, já que o dispositivo legal restringe a legitimidade ativa ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão administrativo. Ademais, dentre os eventuais ocupantes do pólo passivo na ação de improbidade administrativa destacam-se as diversas autoridades políticas, que certamente não se contentarão com a legitimidade ativa da Defensoria e irão envidar esforços políticos no sentido da ilegitimidade *ad causam* da Instituição junto ao judiciário.

Não obstante, é possível argumentar em favor da legitimidade ativa da Defensoria Pública, o fortíssimo argumento de que a Lei nº 11.448/07 é uma norma posterior e de aplicação geral, devendo, em razão disso, ser observada de forma extensiva, além do fato de que, “[...] a novel legislação incluiu a Defensoria Pública em destacada posição (art. 5º, inc. II, da Lei nº 7.347/1985), logo a seguir do Ministério Público e isolada dos demais legitimados, o que deixa transparecer a sua equivalência de atribuições com o órgão do Parquet” (ORDACGY, 2008, p. 95).

### 3.3.4 Regras interpretativas do direito processual coletivo comum

Almeida (2007, p. 37) leciona quanto às regras interpretativas do direito processual comum que no “[...] sistema pátrio podemos encontrar várias regras relativa à interpretação e á aplicação do direito processual coletivo comum [...]”, sendo convenientes apontar algumas delas em nosso estudo.

A regra da completa e perfeita interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública determina que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública se integrem em um microsistema processual de normas gerais básicas aplicadas ao direito processual coletivo comum, sendo fundamentada a referida regra no artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, combinado com o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor (ALMEIDA, 2007, p. 37).

Outrossim, a regra da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos coletivos encontra-se fundamentada nos artigos 90 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o artigo 19 da Lei de Ação Civil Pública e determina que o Código de Processo Civil poderá ser aplicado subsidiariamente ao processo coletivo comum somente se não ferir as disposições desses diplomas (CDC e LACP), ou seja, a aplicabilidade subsidiária somente poderá ocorrer no caso de haver compatibilidade formal e ainda, não impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (compatibilidade substancial ou teleológica) (ALMEIDA, 2007, p. 37).

Por seu turno, Carvalho Filho (2009, p. 470) acrescenta:

É oportuno, ainda, salientar que não é apenas o Código de Processo Civil que tem aplicação subsidiária. O art. 21 da lei, introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor, admite a aplicação de alguns dispositivos deste, no que for cabível, ao procedimento da ação civil pública.

Outrossim, leciona Almeida (2007, p. 37) que existe a regra que determina que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública são diplomas fixadores de normas de super direito processual coletivo comum, na medida em que: “[...] esses diplomas formam um conjunto de regras processuais principiológicas e gerais que se aplicam, em regra, a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas do direito processual coletivo comum [...]”. Acrescentando ainda alguns exemplos como regras: a) aplicação da disciplina tripartite da coisa julgada coletiva prevista no artigo 103 do CDC; b) aplicação do conceito

tripartite de direitos e interesses coletivos estabelecidos pelo art. 81, parágrafo único, do CDC; c) a regra da não-taxatividade das hipóteses de admissibilidade de ação coletiva prevista no artigo 1, inciso IV, da LACP; d) a regra da não existência de litispendência entre ações coletivas e individuais (ALMEIDA, 2007, p. 37).

Por fim, ainda nos utilizando da lição do mesmo autor, é importante citar a regra da aplicabilidade de todas as regras interpretativas principiológicas do direito constitucional ao direito processual coletivo, já que, em razão da própria natureza jurídica de direito constitucional-processual-social do direito processual coletivo comum, a interpretação deste direito processual deverá ser condizente com a mesma interpretação principiológica do direito constitucional, senão vejamos:

[...] Essa regra decorre da própria natureza de direito processual constitucional-social deste novo ramo do direito processual; assim, lhes são aplicáveis as regras principiológicas da interpretação conforme a Constituição, **da interpretação constitucional evolutiva, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da máxima efetividade das normas constitucionais, além de outras diretrizes principiológicas, tais como as decorrentes da supremacia da Constituição e da unidade constitucional** (ALMEIDA, 2007, p. 38, grifo nosso).

É possível observar que referidas regras estão claramente condizentes com o neoconstitucionalismo que vem se desenvolvendo a partir da segunda metade do século XX, estudado no primeiro capítulo deste nosso trabalho, bem como, com a nova hermenêutica constitucional, também, já estudada, o que, se for aplicado na prática pelos juristas deste país, provocará a real e efetiva mudança social proveniente da efetivação dos direitos fundamentais que tanto buscamos.

Não obstante, infelizmente, não é o que estamos assistindo atualmente no sistema jurídico brasileiro, o que será objeto do próximo item.

### **3.3.5 Barreiras apresentadas à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum**

Almeida (2007) leciona que existem inúmeros obstáculos no plano da interpretação do direito processual coletivo comum que acabam por dificultar a efetividade de variadas formas de tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

O referido autor, inclusive, relaciona longo rol de obstáculos em sua obra intitulada **Manual das Ações Constitucionais**, rol este que iremos fazer questão de

apresentar neste trabalho, já que, defendemos a mudança de postura de paradigma do jurista brasileiro.

Neste diapasão, os obstáculos levantados e apresentados por Almeida (2007) serão transcritos e discutidos aqui, ainda que brevemente.

Um dos obstáculos está relacionado com a resistência, muitas vezes infundadas, à concepção coletiva do direito processual. Quanto a este obstáculo, já mencionamos anteriormente que os juristas em geral precisam conscientizar-se da necessidade de aceitar as mudanças trazidas pelo movimento denominado de neoconstitucionalismo, aceitando assim que houve uma mudança de ordem jusprivatista para uma ordem juspublicística, de modo que essa resistência só irá ceder definitivamente com a efetiva conscientização supracitada.

Este segundo obstáculo também já foi comentado neste trabalho e está relacionado com a formação do profissional do direito no Brasil, que, ainda possui forte cunho liberal-individualista, de modo que o referido profissional ainda recebe forte carga e formação positivista, mesmo que tenha havido a superação da ordem positivista, a partir da metade do século passado. Não obstante, como já comentamos também neste trabalho, essas mudanças são fruto de um movimento que apesar de provocar verdadeira revolução e quebras de paradigmas filosóficos, políticos, culturais, jurídicos etc, não possuem sequer um século de existência.

Neste sentido, Fábio Konder Comparato (2006, p. 435) leciona:

Enfatize-se, porém, que a mundialização humanista não significa, de forma alguma, desprezo pelo saber tecnológico, ou o não-reconhecimento do seu papel insubstituível no processo evolutivo da espécie humana. Técnica e ética complementam-se, necessariamente, para impulsionar os povos e as civilizações a se unirem. A tecnologia, divorciada da ética, conduz à inevitável fratura da humanidade. A ética, ignorante do saber tecnológico, é ineficiente e vazia. O grande projeto de humanização do mundo exige que a ciência e a técnica sejam finalmente reconhecidas como patrimônio da humanidade, insuscetíveis, portanto, de qualquer tipo de apropriação, privada ou estatal.

Corroborando, vale citar os ensinamentos de José Renato Nalini (2008, p. 431) que destaca: “Juízes eticamente preparados sempre contribuirão para o aprimoramento da instituição, enquanto juízes tecnicamente adequados, mas eticamente descomprometidos, não se empenharão em reformas, salvo aquelas destinadas ao fortalecimento da corporação”.

Assevera ainda o mesmo autor, citando os ensinamentos de Antonio Almeida Simões que:

A cultura jurídica gerou uma justiça blindada pelo mais ortodoxo positivismo. E “enquanto o legalismo positivista se mantiver instalado como doutrina dominante, o juiz continuará a ser um mero aplicador da lei com escassa atividade juridicamente criadora e todos nós, quase sempre, glosadores e glosadores de glosadores”. (SIMÕES apud NALINI, 2008, p. 432),

Neste diapasão, leciona Almeida (2007, p. 38):

[...] a questão do ensino jurídico e dos próprios currículos universitários, os quais, dentro de uma visão unidimensional de ensino do fenômeno jurídico, demonstram que a maioria das faculdades de direito no Brasil não estão cumprindo a sua verdadeira função social para a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois ainda não prepararam os seus bacharéis para o enfrentamento e conscientização dos grandes conflitos sociais [...].

Na verdade, acaba por ocorrer o círculo vicioso, na medida em que, o docente que está lecionando nas faculdades de direito, hoje, teve uma formação do direito jusprivatista e positivista e também possui dificuldade em aceitar e conscientizar-se das mudanças ocorridas no neoconstitucionalismo. Desta forma, este docente acaba passando para o seu discente essa mesma formação jusprivatista e positivista, mesmo porque, os próprios currículos das universidades, ou seja, as ementas e planos de ensino, ainda se apresentam organizadas para um ordenamento jurídico jusprivatista e positivista, quando na verdade, o positivismo jurídico já foi superado e estamos em uma nova ordem pós-positivista e juspublicística.

Podemos verificar desta forma que certamente a formação tecnicista em que a maioria dos aplicadores do direito foi formada ou que ainda estão sendo formados os alunos de boa parte das universidades e faculdades jurídicas do país, se apresenta como forte obstáculo para a consecução do processo coletivo comum.

Outrossim, é possível identificar que um dos obstáculos para a implantação das regras de interpretação do direito processual coletivo comum acima estudadas se circunscrevem ao “[...] apego às regras ortodoxas liberais individualistas constantes do CC e do CPC, que são diplomas legais elaborados para a resolução tão somente de conflitos individuais [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 38).

Esse obstáculo se apresenta de forma tão inacreditavelmente absurda que a única explicação para referido apego está relacionado ao obstáculo anterior, qual seja, a formação, ainda positivista dos profissionais do direito, que encontram dificuldade em lidar com um processo coletivo, que é algo recente, implantado, efetivamente, por meio do microsistema formado entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil

Pública, buscando, ainda, os referidos profissionais, as respostas para seus questionamentos nos diplomas próprios para soluções privadas (Código Civil e Código de Processo Civil).

Podemos identificar ainda como um forte obstáculo à implantação do direito processual coletivo comum a resistência à legitimidade ativa do Ministério Público, senão vejamos:

[...] a resistência a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, presente em determinado setor da doutrina e principalmente da jurisprudência – essa resistência na verdade é inconstitucional, pois a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos e interesses coletivos é a mais ampla dentre os legitimados (art. 127, caput, e art. 129, II, III e IX, da CF) [...] (ALMEIDA, 2007, p. 38).

Acrescenta ainda Almeida (2007) que referida resistência nasce em razão de uma visão, ainda distorcida, das funções do Ministério Público no Brasil. Verifica-se deste modo que mais uma vez estamos diante da falta de assimilação dos profissionais do direito quanto às mudanças provocadas pela constitucionalização do direito no Brasil e no mundo, por conta do movimento pós-positivista.

É possível identificar, ainda, como obstáculo para a efetiva implantação do direito processual coletivo comum, a tímida atuação dos demais legitimados ativos para propositura da ação civil pública, senão vejamos:

[...] tímida atuação, com exceção do Ministério Público, dos demais legitimados ativos no direito processual coletivo comum, os quais não são responsáveis pelo ajuizamento certamente nem de 10% (dez por cento) das ações coletivas já propostas no Brasil, o que demonstra a fragilidade da democracia participativa no País (ALMEIDA, 2007, p. 39).

Infelizmente, é fato incontestável que a democracia participativa de nosso país ainda tem longo caminho a trilhar, principalmente quando vemos associações como a Ordem dos Advogados do Brasil permanecer inerte a tantos desmandos tanto no poder legislativo quanto no poder executivo.

Corroborando, Lenza (2008), cita lição proferida em palestra com renomados processualistas, na qual foi apresentado dado estatístico condizente com o citado por Almeida acima, senão vejamos:

Em palestra proferida por diversos juristas, em 1995 (Curso de ação civil pública – reflexões e reminiscências após dez anos – na Faculdade de Direito da USP), observaram, especialmente Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kasuo Watanabe e Rodolfo de Camargo Mancuso, que o maior usuário da ação civil

pública era o Ministério Público. Apontam que nessas ações, em aproximadamente 90%, chegando até mesmo a 97%, na visão de Mancuso, o Ministério Público figura como proponente (LENZA, 2008, p. 182).

Pedro Lenza (2008) teve o cuidado de apresentar algumas razões, que na opinião de referido autor contribuem para a atuação concentrada do Ministério Público no uso da ação civil pública com a conseqüentemente tímida atuação dos demais legitimados.

Dessa forma, para ficar um pouco mais didático, elaboramos um quadro onde destacamos as razões apresentadas por Lenza (2008), senão vejamos:

#### **Quadro nº 8 – Possíveis causas para a tímida atuação dos demais legitimados ativos na utilização da ação civil pública**

| <b>Causa</b>                 | <b>Justificativa</b>   |
|------------------------------|--|
| <b>a) Histórica</b>          | Historicamente o Ministério Público assumiu a responsabilidade de promover ações civis públicas, suprimindo, de certa forma a necessidade de atuação de associações.   |
| <b>b) Político-histórica</b> | Em razão do período ditatorial, a sociedade brasileira sempre viu as leis como manifestação instrumental dos mais fortes, da elite detentora do poder. Desta forma, foi possível observar durante o período constituinte para a elaboração da Carta Magna, que certos setores da sociedade relutavam na delimitação em lei de diversos pontos relativos ao uso da ação civil pública.  |
| <b>c) Sociológica</b>        | O cidadão brasileiro ainda está acostumado com um Estado paternalista, não procurando se associar em entidades representativas de classes e interesses.  |
| <b>d) Econômica</b>          | Algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade.   |
| <b>e) Institucional</b>      | Existe considerável dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico.  |
| <b>f) Legislativa</b>        | Por três vezes o legislador da Lei de Ação Civil Pública induziu a propositura da Ação Coletiva pelo Ministério Público:<br>f1) art. 6º - ao estabelecer que qualquer pessoa poderá e o servidor público severa provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção;<br>f2) art. 7º - seguindo a prescrição do art. 40 do CPP, juízes e tribunais deverão remeter peças ao Ministério Público, sempre que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a instauração do inquérito civil ou propositura da ação civil pública;<br>f3) art. 8º - embora a legitimação ativa seja concorrente e disjuntiva (plural), apenas o Ministério Público tem a faculdade de instaurar o inquérito civil, que tramitará sob sua presidência, destinado à colheita de elementos para eventual propositura de ação civil pública. |

(Fonte: LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

Desta forma, podemos observar que existem verdadeiras amarras a serem devidamente superadas pelos aplicadores do direito no intuito de se desburocratizar e se estimular maior participação dos legitimados ativos quanto à defesa de direitos transindividuais por meio do uso da ação civil pública.

Outrossim, podemos observar, ainda, quanto à propositura de ação civil pública por meio de associações, que, sua legitimação exige a existência de três condições: a) condição formal, em que se exige que a associação tenha se constituído nos termos da lei civil, com respectiva capacidade, ou seja, personalidade jurídica; b) condição temporal, exigindo-se que a associação tenha se constituído há pelo menos um ano, contando-se referido prazo a partir do ato de inscrição dos estatutos da associação. Não obstante, é importante destacar que referida condição sofreu atenuação por força do art. 82, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que permite que o juiz, nos casos de ação civil pública proposta por associações que visem a defender interesses individuais homogêneos, dispense referida condição temporal, sempre que houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem protegido; c) condição institucional – exigindo-se que a associação tenha dentre os seus objetivos estatutários a previsão da defesa dos interesses coletivos ou difusos, interesses esses que deverão ser protegidos, sempre levando-se em conta a finalidade para qual foi criada a associação (pertinência objetiva ou finalística) (LENZA, 2008, p. 154-155).

Não obstante, faz-se necessário destacar, ainda utilizando-se da lição de Lenza (2008), que nossos tribunais estão atenuando o rigor da norma, quanto a exigência da pertinência objetiva finalística, senão vejamos trecho da decisão exarada no STJ, em sede do REsp 302.192-RJ, 4º Turma, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 10 de abril de 2001:

Ação civil pública. Associação de legitimidade. **A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam o bem-estar coletivo**, incluída evidentemente nesta cláusula a qualidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente (LENZA, 2008, p. 155 – grifo nosso).

Nesse sentido, podemos observar que está havendo uma interpretação condizente com o direito processual coletivo comum, onde se tem atenuado a condição da pertinência objetiva ou finalística, quando, apesar de não estar previsto expressamente no estatuto da associação o uso de ação civil pública para proteção de determinado bem específico, sobressaia relação existente entre a previsão estatutária da associação e o objeto pretendido com a apresentação de determinada ação civil pública, mesmo que, diferente do registrado no estatuto, porém, com resultado condizentes com os fins previstos em referido instrumento de inscrição da associação.

Corroborando referido entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifestou no REsp. n° 31.150-SP, 2° Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, publicado em 10 de junho de 1996:

Ação civil pública. Legitimidade ativa. Sociedade de amigos de bairro. Não há necessidade dos estatutos da sociedade de amigos de bairro trazer expressa menção de que a proteção ambiental integre seus objetivos, tendo em vista que a mesma visa o bem-estar coletivo, o que já torna indiscutível sua legitimidade ativa. Recurso não provido (LENZA, 2008, p. 155/156).

Logo, se de um lado temos verdadeiras amarras a serem superadas pelos aplicadores do direito na busca da efetivação do direito coletivo comum com maior instrumentalidade do mesmo, por outro lado, já é possível observar algumas decisões de nossos tribunais que têm mitigando algumas exigências legais, facilitando a atuação de associações na busca pela defesa da proteção dos interesses de seus associados.

Outrossim, existe uma ilegítima e inconstitucional resistência oferecida contra o direito processual coletivo comum por meio do uso de edição de arbitrárias medidas provisórias pelo Poder Executivo da União. senão vejamos:

[...] a ilegítima e inconstitucional resistência oferecida, mediante a edição arbitrária de medidas provisórias pelo Poder Executivo da União, o qual, postando-se na contramão da história de evolução dos canais jurisdicionais de tutela dos direitos fundamentais da sociedade, elaborou inúmeras medida provisórias para tentar dificultar a tutela dos interesses massificado como as que foram publicadas para restringir os efeitos da coisa julgada coletiva e dificultar o ajuizamento de ações coletivas pelas associações legitimadas em face dos órgãos e entidades públicas (ALMEIDA, 2007, p. 39).

Corroborando referida lição Alexandre Amaral Gavronski (2005, p. 29) assevera que:

Sem maiores considerações, incabíveis neste retrospecto, mas apenas para triste registro diante de lamentável involução absolutamente dissonante de tudo o que antes se registrou quanto às origens e finalidades da ação civil pública, cumpre referir as alterações promovidas na LACP originadas de medidas provisórias. A Lei 9.494, de 10.09.1997, resultante da conversão da Medida Provisória 1.570, inúmeras vezes reeditada, alterou o art. 16 da LACP para limitar os efeitos *erga omnes* (sic) da sentença aos limites da competência territorial do órgão julgador. Já a Medida Provisória 2.180-35, ainda não apreciada pelo Congresso Nacional, mas em vigor por força do que dispõe o art. 2° da EC n° 32/2001, restringiu os efeitos da sentença civil prolatada em ação coletiva proposta por entidade associativa na defesa dos interesses dos associados apenas àqueles que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (art. 2° - A Lei 9.494), e excluiu do objeto da ação civil pública as pretensões que envolvam tributos, incluindo um parágrafo único ao art. 1° da Lei 7.347/1985.

Podemos apontar também como obstáculo a equivocada compreensão dos tribunais quanto à legitimidade do Ministério Público na promoção da defesa dos interesses individuais homogêneos “[...] quando na realidade é patente o interesse social na tutela coletiva desses direitos ou interesses coletivos [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 39).

Como veremos um pouco melhor à frente, no tópico relacionado à natureza jurídica dos direitos tuteláveis na ação civil pública, nossos tribunais têm firmado entendimento no sentido de que a utilização de ação civil pública por meio de iniciativa do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis só poderá ocorrer nos casos em que o objeto do interesse tutelado assuma caráter eminentemente social ou de grande relevância social.

Não obstante, referida interpretação restritiva quanto à legitimidade do Ministério Público, quanto ao uso de ação civil pública com objeto a tutelar direitos individuais homogêneos, se apresenta de forma equivocada, senão vejamos a lição de Leite (2005):

Não se pode perder de vista, outrossim, que a norma de encerramento contida na parte final do art. 129, III, da CF, confere ao MP, sem distinção entre os seus órgãos, a legitimação para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. Sabe-se que a Constituição “resulta do poder constituinte originário, tido como poder político fundamental”, mas, não obstante esse seu caráter político, “materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico”, o que implica dizer que ela também deve ser interpretada como genuína norma jurídica. **Disso resulta que é possível a interpretação extensiva ou ampliativa da norma constitucional em causa, na medida em que os interesses individuais homogêneos – disponíveis ou indisponíveis – são acidentalmente coletivos**, o que por certo, já seria condição suficiente para validar a legitimação do MP quando promove ACP em defesa dos mesmos (LEITE, 2005, p. 5 – grifo nosso).

Observe desta forma que não dá para aceitar a posição de nossos tribunais que insistem em interpretar de forma restritiva as normas do direito coletivo comum, o que é absolutamente incompatível com a sociedade massificada em que vivemos.

Neste diapasão, apresentaremos um quadro utilizando dos ensinamentos de Leite (2005), onde referido autor ensina que existe uma teoria, denominada de Teoria Ampliativa, que proclama a legitimação ampla e irrestrita do MP para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses homogêneos.

Leite (2005) ainda faz questão de afirmar que referida teoria possui defensores processualistas de grande renome, tais como Nelson Nery Junior, Ada Pellegrini Grinover, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, Rosa Maria Andrade Nery e Francisco Antônio de Oliveira.

Dessa forma, vamos ao quadro, parafraseando os ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite (2007):

**Quadro n° 9 – Teoria Ampliativa: principais diretrizes**

| <b>Principais diretrizes da teoria ampliativa</b>                               |  |
|---|--|
| <b>a) Artigo 129, inciso III e IX, da Constituição Federal de 1988.</b>         | É fato de que o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal menciona apenas os interesses difusos e coletivos, não obstante, também é fato que o inciso IX, do mesmo artigo, abre a possibilidade para o legislador ordinário alargar o espectro da legitimação do Ministério Público, desde que isso seja compatível com o seu perfil constitucional;   |
| <b>b) Código de Defesa do Consumidor e direitos individuais homogêneos</b>      | Os direitos ou interesses individuais homogêneos, como uma das espécies de interesses metaindividuais, só surgiram com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, portanto, após a Constituição Federal de 1988.   |
| <b>c) Interesses sociais</b>  | O artigo 127, <i>caput</i> , da Constituição Federal permite que o Ministério Público defenda não apenas os interesses individuais indisponíveis, mas também, os interesses sociais.   |
| <b>d) Normas de Ordem Pública</b>   | O artigo 1° do Código de Defesa do Consumidor preceitua que as normas de proteção do consumidor são de ordem pública e de interesse social. Desta forma, o artigo 82, inciso I, do mesmo estatuto, que confere legitimidade para o Ministério Público defender qualquer interesse individual homogêneo, caracteriza-se como norma de interesse social, estando portanto, em sintonia com o sistema constitucional brasileiro.  |
| <b>e) Propositura de ação civil pública e interesses individuais homogêneos</b> | A própria propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos já configura por si só, questão de interesse social, na medida que por meio do uso de referido instrumento se desestimula a proliferação de demandas individuais, prestigia-se a atividade jurisdicional, democratiza-se o acesso ao Judiciário e evitam-se decisões conflitantes sobre matérias decorrentes de origem comum, desdobramentos estes, todos condizentes com uma sociedade massificada e um processo coletivo comum a altura de solucionar seus problemas. |

Não obstante, apesar da teoria ampliativa se apresentar em perfeita consonância com os princípios do direito processual coletivo comum e receber a chancela de processualistas altamente reconhecidos como os supracitados, nossos tribunais têm adotado a teoria eclética<sup>26</sup>, não privilegiando, desta forma, a nosso ver, a teoria, verdadeiramente apta a efetivar o direito processual coletivo comum que precisamos em nossa sociedade massificada.

<sup>26</sup> Leite (2005) leciona que a teoria eclética, atualmente majoritária, admite a legitimação ativa do Ministério Público para promover ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos quando forem

Neste diapasão, leciona Almeida (2007): “[...] a interpretação restritiva que vem recebendo a ação civil pública por parte da jurisprudência e pela doutrina, hoje já minoritárias, que não têm aceitado o controle difuso (incidental) da constitucionalidade pela via da ação civil pública” (ALMEIDA, 2007, p. 39).

Não obstante, como veremos neste capítulo, a partir de 2000, houve um posicionamento de nossos tribunais no sentido de passar a aceitar o controle de constitucionalidade difuso, desde que não seja o objeto da ação civil pública, ou seja, aceita-se o controle, desde que *incidenter tatum*.

Outra dificuldade que vai de encontro com o neoconstitucionalismo implantado no Brasil e no mundo são as decisões do próprio Poder Judiciário e do Governo Federal, senão vejamos:

[...] decisões judiciais e a postura do Governo Federal que têm procurado limitar o campo de aplicabilidade da ação civil pública, de forma a impedir o campo de aplicabilidade útil da tutela jurisdicional coletiva de questões tributárias, previdenciárias, etc., o que afronta o texto constitucional, que garante a tutela jurisdicional coletiva pela ação civil pública de forma irrestrita (art. 129, e art. 5º, XXXV, da CF) (ALMEIDA, 2007, p. 39).

É possível constatar que, infelizmente, existe profunda resistência em todos os setores dos profissionais jurídicos quanto a assimilação, conscientização e aceitação de todas as mudanças ocorridas a partir da segunda metade do século passado, o que deve ser combatido robustamente pelas novas gerações de profissionais que estão se apresentando no mercado de trabalho, seja na condição de advogado, juiz ou promotor.

Passaremos agora a estudar os impactos ocorridos na ação civil pública com o surgimento do super sistema legal de direito processual coletivo, criado por meio da conjugação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, aqui já estudado e os reflexos para este instituto, tanto os reflexos positivos gerados pelo neoconstitucionalismo como os reflexos negativos gerados, na maioria das vezes, em razão das resistências estudadas neste item.

---

indisponíveis, ante a imposição do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que define as funções essenciais do Ministério Público e quando, forem indisponíveis, desde que, apresentem natureza de lide ou de elevado número de seus titulares, havendo repercussão social a exigir a iniciativa ministerial.

### 3.4 Da ação civil pública

Antes de discutirmos os efeitos positivos do neoconstitucionalismo e da formação do microsistema processual de direito coletivo e os efeitos negativos relacionados às resistências apontadas no tópico anterior, iremos estudar, ainda que brevemente, como se deu a evolução da ação civil pública.

Alexandre Amaral Gavronski (2005, p. 17) leciona quanto à origem e ao desenvolvimento da ação civil pública:

Fruto de transformações sociais profundas, seguidas da evolução conceitual dos direitos humanos e sua positivação, bem como de um momento político propício ( a abertura democrática), no qual havia uma natural predisposição do legislador às questões de maior interesse social, a Lei de Ação Civil Pública (LACP) é um marco na construção de uma “estrutura legislativa sem par, de causar inveja à doutrina estrangeira, e capaz, do ponto de vista processual, de dar aplicação prática aos anseios da Constituição de 1988, não somente com relação à defesa dos direitos coletivos, como ainda no que concerne à defesa coletiva de direitos individuais”, como bem ressalva Luis Paulo da Silva Araújo Filho. A relevância dessa nova realidade jurídica é incontroversa: o direito caminha irreversivelmente para uma perspectiva coletiva e não poderia ser diferente em uma sociedade que cada vez mais se massifica.

Outrossim, leciona Almeida (2007, p.1), que o legislador brasileiro se inspirou no modelo norte-americano das *class actions*, já que os EUA possuíam vasta tradição no plano da proteção jurisdicional de direitos massificados, salientando o mesmo autor, no entanto, que o sistema jurídico brasileiro é filiado na família romano-germânica, à *civil law*, o que, acabou por provocar algumas dificuldades de adaptação daquele sistema norte americano ao brasileiro.

Não obstante, se houve alguma dificuldade de adaptação, é interessante observar que o sistema brasileiro de tutela dos interesses difusos e coletivos é um dos sistemas mais avançados do ordenamento jurídico mundial, o que até mesmo provoca intransponível obstáculo quanto à criação de um código de processo coletivo nos moldes em que foi sugerido por Antonio Gidi<sup>27</sup>, senão vejamos:

Como o nosso sistema jurídico de tutela coletiva é um dos mais evoluídos do mundo e, por isso, não há, em relação a ele, paradigma nos países integrantes da *civil law*, torna-se fundamental uma construção teórica e prática própria e adequada para a realidade brasileira, o que deverá ser feito com responsabilidade para que sejam preservadas as nossas conquistas e não seja colocado em risco aquilo que hoje temos

<sup>27</sup> Esclarecem Roberto Berizone, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sousa: “A idéia de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gini, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (ALMEIDA, p.22).

como exemplo para o mundo civilizado: um sistema de tutela jurídica coletiva (material e processual) extremamente avançado (ALMEIDA, 2007, p.02)

Esse avanço conquistado pelos juristas brasileiros pode até ser perdido caso nosso legislador não perceba essas qualidades supracitadas e venha a acolher cegamente, sem uma ampla discussão, a proposta de Gidi.

Zaneti Júnior (2007, p. 44-45), acrescenta que o Brasil possui um diferencial positivo, já que o controle de constitucionalidade das leis brasileiras (sistema difuso e sistema concentrado) realizado por órgãos jurisdicionais, sem a influência da jurisdição administrativa ou da jurisdição de órgãos políticos como ocorre no sistema constitucional Francês (*Conseli Constitutionnel*), funcionando desta forma por meio de um sistema de formatação constitucional híbrido<sup>28</sup>, proporciona ao juiz capacidade de suprir a falta de lei que coloque em risco o respeito aos direitos fundamentais, fazendo do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade, sendo possível utilizar a ação civil pública na defesa daqueles direitos.

A primeira modalidade de Ação Civil Pública para a tutela dos interesses difusos foi apresentada para nosso ordenamento jurídico com a Lei n° 6.938/81 que viria a dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, prevendo em seu artigo 14, parágrafo 1° uma modalidade de Ação Civil Pública reparatória. Não obstante, vale destacar que não havia neste momento ainda, disciplina própria a respeito do procedimento, da coisa julgada e de outros aspectos processuais importantes para o eficiente uso da ação coletiva (ALMEIDA, 2007, p. 2).

Neste diapasão, leciona Gavronski (2005, p. 17):

Antes da edição da LACP, a proteção dos direitos difusos no Brasil resumia-se àqueles que podiam enquadrar no amplo conceito de patrimônio público da Lei da Ação Popular, compreendendo não apenas os bens de valor econômico de entes públicos ou controlado pelo Poder Público, como os de valor artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1° da Lei 4.717/1965) e ao meio ambiente (Lei 6.938/1981). No primeiro caso, qualquer cidadão era legitimado (e só ele, não obstante sua evidente inferioridade econômica diante dos prováveis réus) para a defesa em juízo do patrimônio público e, no segundo, somente o Ministério Público. Havia previsão de extensão dos limites da coisa julgada, exceto em caso de

---

<sup>28</sup> Da lição entre um sistema da legalidade (*L'État* legal ou Estado de Direito alemão – códigos) em um sistema de criação judicial (*rule of law* – controle de poderes e vinculatividade das decisões judiciais) surge a particularidade híbrida dos sistema brasileiro. Em decorrência da influência norte-americana, também foi incorporado o sistema inglês de unidade da jurisdição. Ocorre, dessarte e como conseqüência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição, na proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o Poder Judiciário exerce sobre a jurisdição. Trata-se portanto de uma riqueza sem igual para a potencialidade institucional do Poder Judiciário. Hermes Zaneti Júnior, em sua obra **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

improcedência por falta de provas (art. 18 da Lei 4.717/1965), regra que hoje prevalece, mas o provimento judicial só podia anular o ato (ação popular) ou determinar a indenização e reparação do mal causado ao meio ambiente (art. 14 da Lei 6.938/1981); era, pois, tão-somente corretivo e não supletivo ou preventivo como convém à adequada defesa dos direitos coletivos, cujo perecimento muitas vezes produz graves e irreversíveis danos à sociedade.

Diante desta informação, a verdadeira Ação Civil Pública teve origem no Brasil com a Lei nº 7.347/85 (LACP), provocando, a partir de então, uma verdadeira mudança no sistema jurídico brasileiro, podendo ser destacado em especial três grandes momentos da coletivização do processo no Brasil (ALMEIDA, 2007, p. 3).

Almeida (2007) faz questão de destacar que:

Após o advento da Lei 7.347/85 (LACP) houve, paulatinamente, uma verdadeira mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro. Todavia, a verdadeira transformação ficou consagrada com a CF/88. A Carta Magna de 1988 implantou uma nova ordem jurídica no Brasil, o que se confirma, dentre inúmeros outros avanços, pela adoção do princípio do acesso irrestrito e amplo à justiça, seja para a proteção aos direitos individuais, seja para a proteção aos direitos coletivos (art. 5º, XXXV). Além disso, convém destacar que a atual Constituição, dentre outras inúmeras conquistas relacionadas com a proteção dos direitos massificados, conferiu dignidade constitucional à ação civil pública e ao inquérito civil (art. 129, III) (ALMEIDA, 2007, p. 3).

Quanto aos momentos supracitados, o primeiro grande momento, como ensina Almeida (2007, p.18), foi exatamente a lei nº 7.347, de 24/07/1985, que foi considerada um divisor de águas quanto à tutela jurisdicional dos interesses e direitos coletivos no Brasil.

A característica mais animadora deste momento histórico está relacionado ao fato de que o legislador, por meio da Lei de Ação Civil Pública estabeleceu uma legitimação coletiva ativa pluralista ou concorrente para o ajuizamento desta espécie de ação coletiva e ainda, dispôs sobre regras processuais relacionadas ao processo coletivo e a coisa julgada (ALMEIDA, 2007, p. 18).

Reforça ainda Almeida (2007), citando e comentando alguns dispositivos constitucionais, algumas das festejadas mudanças trazidas pelo legislador constituinte, dentre elas, o fim do sistema da taxatividade do objeto material da ação civil pública, senão vejamos:

A partir da Constituição Federal de 1988, surge o mais importante e significativo momento histórico da Tutela Coletiva no Brasil.

A CF/88, rompendo com o sistema da tutela jurídica individualista, consagrou no Brasil um novo sistema jurídico, que é aberto (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (art. 1º - princípio democrático) e de tutela jurídica ampla ou irrestrita (art.5º, XXXV, da

CF), seja em relação aos direitos individuais, seja em relação aos direitos massificados (coletivos em geral).

O último dispositivo constitucional ainda rompeu com o sistema da taxatividade do objeto material da ação civil pública ao fixar o princípio da não-taxatividade de seu objeto material (ALMEIDA, 2007, p. 19).

É importante destacar, desta forma, que o legislador constituinte de 1988 conseguiu imprimir notável avanço na tutela dos direitos fundamentais, notadamente, no caso em análise, os interesses individuais homogêneos e coletivos, além de imprimir a proteção jurídica dos direitos coletivos no rol dos direitos fundamentais (ALMEIDA, 2007, p. 19).

Por fim, o terceiro grande momento, como leciona Almeida (2007, p19-20), ocorreu com o advento da Lei nº 8.078, de 11/09/1990, lei denominada de Código de Defesa do Consumidor, em razão de inserir na LACP o artigo 21, criando desta forma um microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum, o qual decorre da completa interação entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública. Esclarece, assim, o referido autor que a aplicabilidade entre o Código de Defesa do Consumidor, a parte processual e a Lei de Ação Civil Pública, não é subsidiária, mas integrada, nos termos do artigo 90 do CDC e artigo 21 da LACP.

Almeida (2007, p. 20) esclarece que: “Esse microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum formado pelo CDC – parte processual -, mais a LACP, compõe um conjunto de normas de superdireito processual coletivo comum [...]”

Estes três momentos relacionados intimamente com a Ação Civil Pública, foram capazes de criar no Brasil um microssistema de tutela jurisdicional coletivo comum, que representa um avanço à tutela destes direitos sem precedentes no ordenamento jurídico como um todo, inclusive sendo reconhecidamente mais avançado do que o modelo europeu ou o norte americano, como já mencionado.

### **3.4.1 Da natureza jurídica da ação civil pública**

Antes mesmo de adentrarmos ao estudo da natureza jurídica da ação civil pública, cumpre destacar que adotamos neste trabalho a classificação apresentada por Gregório de Assagra Almedia (2007), que teve o cuidado de dividir a natureza jurídica de referido instituto processual em diversos planos.

A natureza jurídica da ação civil pública vai se apresentar de forma multifacetária, variando de acordo com o enfoque que se pretende estudar da mesma, desde já, sendo importante salientar que são bem amplos os enfoques possíveis.

A ação civil pública possui natureza de garantia constitucional, incorporada por meio do artigo 129, III, da Constituição Federal, sendo forma de garantia constitucional processual específica, na medida em que existem outras garantias constitucionais processuais gerais, tais como os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dentre outros (ALMEIDA, 2007, p. 43).

Almeida (2007, p. 44) assevera que a ação civil pública, em razão de sua relevância e dimensão social e por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante amplo e irrestrito acesso à justiça, que imprime para este instituto legal natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, municiando referida ação com a característica da aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, não podendo ser interpretada restritivamente.

Considerada garantia constitucional fundamental, devemos relembrar que qualquer interpretação envolvendo o presente instituto, assumirá o mesmo caráter que envolve a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, deverá ser realizada de forma abrangente, jamais de forma restritiva, como forma de garantir e assegurar a eficácia de referido instituto legal.

A ação civil pública se apresenta como espécie de ação coletiva, podendo assumir a forma de conhecimento (acertamento), de execução (efetivação), cautelar (assecuratória) ou sincrética (conhecimento e execução), por força da aplicação do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva que determina que são admissíveis todas as espécies de ação capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos metaindividuais (ALMEIDA, 2007, p. 51).

Quanto à natureza jurídica relacionada ao pleno procedimental, a ação civil pública poderá se desenvolver por meio do rito ordinário, sumário, ou qualquer procedimento especial adequado, bem como procedimento de natureza cautelar ou executivo, conforme a situação ventilada e adequação decorrente (ALMEIDA, 2007, p. 45). A presente característica decorre do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva (ALMEIDA, 2009), o que garante ampla efetividade para referido instituto.

Como qualquer pedido é cabível em sede de ação civil pública, bastando ser o pedido mais adequado para a efetivação do direito pretendido, a ação civil pública poderá assumir natureza jurisdicional declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental,

executiva, cautelar, podendo ainda o pedido ser de natureza repressiva ou preventiva (ALMEIDA, 2007, p. 45-46).

Não obstante, o entendimento aqui exposto, só é possível mediante uma interpretação aberta e flexível, própria do neoconstitucionalismo, assegurando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não obstante, existe o entendimento minoritário que entende, por conta de uma interpretação literal dos arts. 3º e 11 da LACP, que a ação civil pública só poderá ter como pedido obrigação de dar quantia ou de fazer ou não fazer (ALMEIDA, 2007, p. 46).

Outrossim, somos do entendimento, conforme já defendido no segundo capítulo, que a interpretação literal dos artigos 3º e 11 da LACP se apresenta de forma inaceitável em um Estado Democrático e Social de Direito, sob a égide da nova interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo.

Quanto ao plano de direitos tuteláveis, leciona Almeida (2007), que a ação civil pública é “[...] espécie do gênero ação coletiva, já que se destina à tutela dos direitos coletivos lato sensu (difuso, coletivos e individuais homogêneos) [...]” (ALMEIDA, 2007, p. 47).

Apesar da modificação realizada pela Lei nº 8.078/90, por meio de seu artigo 117<sup>29</sup>, que inseriu o artigo 21 da Lei de Ações Cíveis Públicas, existe ainda enorme celeuma quanto a se aceitar o uso da Ação Civil Pública com objeto de tutelar direitos individuais homogêneos.

Neste sentido, Carvalho Filho (2009) leciona que há decisões que não aceitam a ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos e, também, decisões, expressamente contrárias que admitem o uso de referido instrumento processual. Os autores e juristas adeptos da segunda corrente fundamentam sua posição exatamente no artigo 21 da Lei de Ações Cíveis Públicas que foi acrescido pelo Código de Defesa do Consumidor.

O mesmo autor explica que a principal razão de toda essa celeuma se encontra no disposto no artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor, que dispôs expressamente, que os legitimados do artigo 82 do mesmo código poderão propor ação civil coletiva de responsabilidade para reparação dos danos individuais sofridos. Neste sentido, segundo Carvalho Filho (2009),

---

<sup>29</sup> **Art. 117** - Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

"**Art. 21** - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11-09-1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor." (AC)

O principal problema, a nosso ver, foi que a lei usou a expressão “ação civil coletiva”, não se podendo saber, a priori, se o legislador quis adotá-la como sinônima da ação civil pública (que sempre teve e continua a ter denominação própria) ou se pretendeu criar novo tipo de ação civil pública especialmente para a defesa dos interesses individuais homogêneos, reservando aquela para a tutela dos interesses transindividuais coletivos e difusos. Se perfilhou a primeira hipótese, não agiu com a técnica e a precisão desejadas: mais exato e menos complicado teria sido utilizar a já consagrada expressão ação civil pública. Não é incomum encontrar-se as duas denominações na hipótese, mas parece prevalecer, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que se trata da mesma ação civil pública, ainda que agora voltada também para a defesa dos interesses individuais homogêneos (CARVALHO FILHO, 2009, p.31/32).

Carlos Henrique Bezerra Leite (2005), por sua vez, sustenta que pela Teoria Eclética estaria se admitindo o uso da Ação Civil Pública para defesa de interesses individuais homogêneos em determinados casos, senão vejamos:

A teoria eclética, atualmente majoritária, admite a legitimação ativa do MP para promover a Ação Civil Pública na defesa de interesses individuais homogêneos:

- a) quando forem indisponíveis, ante a imposição do art. 127, caput, da CF, que define as funções essenciais do MP;
- b) quando forem indisponíveis, desde que, em função da natureza da lide ou do elevado número de seus titulares, haja repercussão social a exigir a iniciativa ministerial; (LEITE, 2005, p. 6).

Acrescenta ainda Leite (2005) que a teoria eclética foi adotada para fundamentar posição do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, senão vejamos:

Súmula n° 7 do CSMP/SP – O Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (LEITE, 2005, p. 27).

Ainda no âmbito de súmulas exaradas pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, vale destacar a de número 44 que orientou a posicionamento de referido conselho no sentido de que: “Na defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em matéria tributária” (Súmula n. 44 do CSMP/SP).

Neste diapasão, pode-se notar que a doutrina e a jurisprudência tem-se inclinado para a teoria eclética, firmando o entendimento de que o Ministério Público só

possui legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão relacionada à coletividade.

Corroborando referida posição, o STJ tem firmado entendimento no sentido de que o Ministério Público só terá legitimidade para propor ação civil pública relacionada a interesses individuais homogêneos sociais ou que apresentem relevância social. Esse foi o entendimento firmado em sede de Recurso Especial, senão vejamos:

[...] Há certos interesses individuais – de pessoas privadas e de pessoas públicas – que quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva impessoal, têm força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo. É o que ocorre com os direitos individuais homogêneos antes mencionados, dos consumidores e dos poupadores, cuja defesa pelo Ministério Público tem expressa chancela em lei ordinária. (STJ – Resp. n. 49.272-6 – 1º T.j. 21.9.94, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

O Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no RE 195.056/1-PR, afirmou que já existe uma diretriz hermenêutica nas decisões do tribunal a respeito da legitimidade do Ministério Público, de modo que iremos reproduzir trecho de seu voto:

[...] **Esse critério – que se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição** – ainda que nem sempre explicitado em tese, parece estar subjacente a diversas decisões judiciais, algumas já citadas, que têm reconhecido a legitimação do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos, seja ou não a hipótese simultaneamente enquadrável no âmbito da tutela dos consumidores: recorde-se, por exemplo, as questões relativas ao custo da educação privada (STF, RE 163.231, PL., 26.2.97, Corrêa; RE 185.360, 2ª T., 17.11.97, Velloso, DJ 20.02.98; STJ: Resp 70.797, 13.11.95, Rosado, DJ 18.12.95 e precedentes), à seguridade social, à saúde – desde o caso dos usuários de planos de assistência ao do conjunto de trabalhadores carentes, vítimas de doença profissional oriunda das condições de trabalho de determinada empresa (STJ, Resp 58.682, 8.10.96, Direito, RDA 207/283)[...] (RE n. 195.056/1-PR, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ. 17.12.99 – grifo nosso) .

Desta forma, no plano dos direitos tuteláveis por meio do uso da ação civil pública, podemos identificar uma robusta posição de nossos tribunais em admitir referido instrumento, quanto aos direitos individuais homogêneos, apenas quando estes se apresentem relacionados a interesses sociais.

Por fim, quanto ao plano da função preventiva ou repressiva da tutela jurisdicional, Almeida (2007, p. 47) ensina que:

A ação civil pública, na esteira do art. 5º, XXXV, da CF, **poderá ser tanto repressiva** (ação civil pública com pedido de execução, quando houver lesão a

direitos coletivos em geral por inadimplemento da obrigação fixada em termo de ajustamento de conduta; ação civil pública com pedido condenatório de reparação em espécie de danos materiais ou morais coletivos; ação civil pública com pedido reparatório *in natura* do dano, etc.) **quanto preventiva** (ação civil pública cautelar; ação civil pública de conhecimento com pedido de tutela *inibitória* para atacar o ilícito contra direitos coletivos em geral e evitar a prática, a continuidade ou repetição do ilícito, etc.) (Grifo nosso).

Corroborando, Sérgio Ferraz (2005, p. 567) leciona:

Qualquer que seja a modalidade de tutela adiantada, que o arsenal jurídico brasileiro contemple, terá ela em vista a realização de dois nortes fundamentais: a celeridade do processo e a efetividade (ou efetiva eficácia) da decisão judicial. Nem por terem inspirações análogas são contudo as aludidas modalidades soluções idênticas, do mesmo calibre e de conseqüências uniformes. De ser assim, aliás, teria o legislador cometido erronia grave, de proporções bem mais aprofundadas do que as admissíveis no cotidiano humano dos equívocos, a que por certo não são indenos os legisladores.

Neste mesmo sentido, Almeida assevera que “[...] A Constituição Federal de 1988 assegura, expressamente, no artigo 5º, XXXV, a tutela jurisdicional repressiva e a preventiva [...]” (ALMEIDA, 2007, p.47). De modo que, não haveria qualquer fundamento lógico não estender referido mandamento para o processo coletivo comum, no caso em tela, para o instrumento da ação civil pública.

Outrossim, Carvalho Filho (2009, p. 109) apresenta lição digna de nota:

Por outro lado, a Lei nº 7.347/85 já prevê, no art.19, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Desse modo, desde que não contivesse proibição expressa, a lei já estaria admitindo a propositura de ação cautelar por força da só remissão mencionada no aludido art. 19, aplicando-se, quando presentes os seus pressupostos, as regras processuais contempladas no Código. Portanto, de nenhuma valia especial essa referência finalística feita ao art. 4º.

O mesmo autor completa sua lição destacando que a Lei nº 7.347/85, tendo a natureza de lei especial, previu a ação cautelar, deixando, não obstante de estabelecer qualquer regra processual para ação cautelar relativa à ação civil pública. Neste sentido, em consequência de referida falta de previsão, incidirão as normas concernentes aos processos cautelares inespecíficos, regras essas previstas nos artigos 796 a 812 do Código de Processo Civil (CARVALHO FILHO, 2009, p. 111).

Corroborando referida lição, Sergio Ferraz (2005, p.569) assevera:

Logo em seu ar. 4º, a Lei 7.347/1985 já alarga o âmbito de ação cautelar, fazendo-a mais ampla e mais profunda, no campo da ação civil pública. É o que se colhe desenganadamente de sua previsão no sentido de que a ação cautelar possa, aqui, ter

o fito de evitar o dano, cuja reparabilidade (este é o alvo principal consagrado do art. 1º do Diploma), ao lado da recomposição do *statu quo ante* (este o alvo basilar no art. 2º), constituem as metas desse precioso instrumento. É dizer, a ação cautelar na ação civil pública, em razão do ora examinado art. 4º, se reveste inclusive de feição satisfativa, de regra de se repelir nas medidas dessa natureza. A aceitação dessa nota não infirma a incidência do arcabouço peculiar às ações cautelares; bem antes, a reforça. Com tal assertiva pretendemos dizer que, exatamente em razão da força eventualmente satisfativa de que dotada aqui a cautelar, com muito mais razão deverá o juiz usar o mecanismo de segurança das cauções, a serem prestadas pelos beneficiários da tutela [...].

Não obstante, é importante destacar que não é possível conceder cautela satisfativa quando o sujeito passivo da ação for o Poder Público, senão vejamos:

Urge, entretanto, ressaltar que a cautela satisfativa não pode ser concedida quando o sujeito passivo da ação for o Poder Público. Ao tratar da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, a Lei nº 8.437/92 estabeleceu que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º). O sentido de atos do Poder Público só deve abranger aqueles atos originários de pessoas jurídicas de direito público ou pessoas de direito privado no exercício de função delegada do Estado. Portanto, atos de natureza privada praticados por pessoas de direito privado da Administração Indireta, como é o caso de sociedade de economia mista e de empresas públicas, não estarão sob a proteção do citado dispositivo; significa, então, que contra elas pode ser expedida medida cautelar satisfativa em favor do autor (CARVALHO FILHO, 2009, p. 116).

Outrossim, vale destacar ainda a previsão constante na ação civil pública quanto à concessão de liminar, senão vejamos:

A par da ação cautelar, com a previsão de liminar em seu bojo, a Lei 7.347/1985, em seu art. 12, ainda estatui uma outra modalidade de provimento antecipatório: a liminar na própria ação civil pública, tema disciplinado no art. 12 da Lei em questão. A liminar é uma providência de cunho emergencial, expedida também (em convergência às medidas cautelares) como o fundamental propósito de salvaguardar a eficácia da futura decisão definitiva. Mas apresenta, doutra parte, peculiaridades que a distinguem das provisões cautelares, em sentido estrito. Dentre elas, destaque-se, desde já, a imperatividade de se ouvir, previamente, o representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada (Lei. 8.437/1992, art. 2º). Trata-se, como bem assinalou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Processo 761/93, do Conselho da Magistratura), de regra de controle razoável ao poder cautelar genérico do juiz (FERRAZ, 2005, p. 569-570).

Por fim, ainda em se tratando de função preventiva em face de ação civil pública, é importante destacar que a antecipação de tutela, em razão de se encontrar inserida no título atinente ao processo e ao procedimento, no livro destinado ao processo de conhecimento, indiscutível se apresenta a constatação de sua aplicação à ação civil pública, por força do comando de subsidiariedade integrativa do art. 19 da Lei 7.347/1985 (FERRAZ, 2005, p. 572).

### 3.5 A conceituação tripartite dos interesses e direitos massificados

Quanto às terminologias “direito” e “interesses”, Almeida (2007) ensina que existem três teorias tratando do assunto, sendo: a clássica, a revisionista e a intermediária. A doutrina clássica utiliza a denominação “direito” somente quando a titularidade pertencer a sujeito determinado e a terminologia “interesse”, para os casos em que os sujeitos são indetermináveis, como nos “interesses” difusos e coletivos (transindividuais) (ALMEIDA, 2007, p. 49).

Outrossim, pela doutrina revisionista prega-se a superação da doutrina clássica, de modo que prefere utilizar as expressões: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos com o objetivo de que seja atribuída subjetividade jurídica a essas categorias (ALMEIDA, 2007, p. 49).

Não obstante, existe ainda uma categoria intermediária que inclusive foi adotada pelo legislador brasileiro no Código de Defesa do Consumidor que prefere utilizar as duas expressões “direito” e “interesse”, senão vejamos:

Entre as duas correntes, há uma posição intermediária que prefere utilizar, para fins práticos, bem como para garantir a efetividade dos direitos massificados, das duas expressões conjuntamente: direitos e interesses. Para essa corrente intermediária, na medida em que o interesse esteja, de fato, juridicamente protegido, assumiria ele o *estatus* de direito, o que faria desaparecer qualquer razão prática em diferenciá-los, não obstante haja distinção entre as expressões no aspecto teórico (ALMEIDA, 2007, p. 50).

A elucidação quanto à utilização dessas terminologias se apresenta de forma oportuna em razão das divergências doutrinárias, porém, Almeida (2007) assevera que o legislador brasileiro preferiu evitar polêmicas e garantir efetividade dos direitos massificados, quando da criação do Código de Defesa do Consumidor, de modo que acabou por adotar as duas expressões, senão vejamos:

Art. 81, parágrafo único do CDC. Lei 8.078/90. A defesa dos **interesses e direitos** dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – **interesses ou direitos** difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. II – **interesses ou direitos** coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base. III – interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (grifos nossos).

Assevera ainda Almeida (2007) que o legislador adotou três critérios para definir direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

a) o primeiro critério é o **subjetivo**, pelo qual se busca aferir a titularidade do respectivo direito ou interesse; b) o segundo é o **objetivo**, que diz respeito à divisibilidade ou não do direito material; c) o terceiro é o critério **origem**, por intermédio do qual é aferida a origem do respectivo direito ou interesse material, de situações fáticas ou relações jurídicas (ALMEIDA, 2007, p. 50, grifos nossos).

Almeida (2007, p. 51) apresenta as principais características da dimensão tripartite<sup>30</sup> dos direitos ou interesses transindividuais, senão vejamos:

- 1) **as dos direitos ou interesses difusos** – transindividualidade real ou essencialmente ampla; indeterminação dos seus sujeitos; indivisibilidade ampla; indisponibilidade, vínculo meramente de fato a unir os sujeitos; ausência de unanimidade social; organização possível, mas sempre mais difícil; reparabilidade indireta;
- 2) **as dos direitos ou interesses coletivos em sentido estrito** – transindividualidade real ou essencialmente restrita ao grupo, categoria ou classe de pessoas; determinabilidade dos sujeitos; divisibilidade externa e indivisibilidade interna; disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual; relação jurídica-base a unir os sujeitos; irrelevância da unanimidade social; organização ótima viável; reparabilidade indireta;
- 3) **as dos direitos ou interesses individuais homogêneos** – transindividualidade artificial (ou legal) ou instrumental; determinabilidade dos sujeitos; disponibilidade, salvo quando pela natureza do sujeito há disposição legal em sentido contrário; núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; irrelevância da unanimidade social; organização ótima viável e recomendável; reparabilidade direta, com recomposição pessoa dos bens lesados.

Almeida (2007, p. 51) destaca que: “Transindividualidade, metaindividualidade e supraindividualidade são expressões sinônimas, ligadas aos interesses e direitos massificados [...]”.

Noutro giro, Teori Albino Zavascki (2007) formulou interessante quadro comparativo dos direitos transindividuais que iremos reproduzir em razão da sua relevância temática para nossos estudos:

<sup>30</sup> Almeida faz questão de chamar a atenção para o fato de que o Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, adotou classificação bipartida dos direitos e interesses transindividuais, de modo que, inseriu os direitos coletivos em sentido estrito dentro dos difusos. (ALMEIDA, 2007, p. 52).

### Quadro n° 10 – Quadro comparativo dos direitos transindividuais

| Direitos                               | Difusos   | Coletivos  | Individuais Homogêneos   |
|--|---|--|--|
| <b>1) Sob o aspecto subjetivo são:</b> | <b>Transindividuais</b> , com indeterminação absoluta dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. Exemplo: morar na mesma região).   | <b>Transindividuais</b> , com determinação relativa dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. Exemplo: O Estatuto da OAB).   | <b>Individuais:</b> (= há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direito com “origem comum”.  |
| <b>2) Sob o aspecto objetivo são:</b>  | <b>Indivisíveis</b> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).  | <b>Indivisíveis</b> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares)  | <b>Divisíveis</b> (= podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais)  |
| <b>3) Exemplo</b>                      | Direito ao meio ambiente sadio (CF, art. 225)   | Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art. 94)   | Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (CDC, art. 18, §1º, III)  |
| <b>Em decorrência de sua natureza:</b> | <p><b>a)</b> são insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p><b>b)</b> são insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>.</p> <p><b>c)</b> são insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p><b>d)</b> sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I);</p> <p><b>e)</b> a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com absoluta informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).</p> | <p><b>a)</b> são insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p><b>b)</b> são insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>.</p> <p><b>c)</b> são insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p><b>d)</b> sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I);</p> <p><b>e)</b> a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com relativa informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).</p> | <p><b>a)</b> individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular;</p> <p><b>b)</b> são transmissíveis portanto <i>inter vivos</i> (cessão) ou <i>mortis causa</i>, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais);</p> <p><b>c)</b> são suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g., direitos personalíssimos);</p> <p><b>d)</b> são defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º);</p> <p><b>e)</b> a mutação de pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão <i>mortis causa</i>, usucapião etc.)</p> |

(ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

A importância de referido quadro, a nosso ver, é exatamente pelo fato de se colocar, lado a lado, direitos e suas características para facilitar a comparação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, suas semelhanças e diferenças.

### **3.6 Algumas polêmicas relacionadas com o objeto material da ação civil pública**

Almeida (2007, p. 54) leciona que o objeto material da ação civil pública está disposto no artigo 1º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) que estabelece:

Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração a ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística. Parágrafo único – Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS ou outro fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados (ALMEIDA, 2007, p. 54).

Nosso interesse em abordar o objeto material da ação civil pública está relacionado às polêmicas que envolvem referido objeto, o que será objeto do próximo item.

Existem inúmeras questões polêmicas envolvendo o objeto material da ação civil pública. Polêmicas essas originadas na doutrina, na jurisprudência e até mesmo por meio de expedição de Medidas Provisórias (ALMEIDA, 2007, p. 54).

As polêmicas a que Almeida (2007) se refere, infelizmente são fruto, na maioria das vezes, de resistências provocadas pelos profissionais de direito em geral, que se apresentam, geralmente de forma conservadora, não assimilando as transformações ocorridas por conta do movimento intitulado de neoconstitucionalismo. Algumas resistências, inclusive, são impostas pelo próprio Poder Executivo por meio de expedição de Medidas Provisórias, em ato absolutamente inconstitucional e ofensivo aos poderes Legislativo e Judiciário.

Uma das polêmicas relacionadas ao objeto material da ação civil pública diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público. O principal argumento utilizado pela doutrina e pela jurisprudência está relacionado aos efeitos *erga omnes* da coisa julgada coletiva, de modo que a decisão proferida em sede de ação civil pública invadiria a competência originária do STF, já que a decisão proferida com efeito *erga*

*omnes* acabaria por ter o mesmo efeito do controle concentrado da constitucionalidade (ALMEIDA, 2007, p. 55).

Não obstante, comungamos da posição de Gregório de Assagra Almeida (2007, p. 55) que defende que a decisão não teria efeito *erga omnes* por não ser, na verdade, o objeto da ação civil pública, senão vejamos:

No caso da ação civil pública, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é discutida *incidenter tantum*, na causa de pedir, e será apreciada pelo juiz competente na fundamentação da decisão. Assim, a inconstitucionalidade na ação civil pública não é objeto de decisão e, portanto, não produz os mesmos efeitos decorrentes da coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade.

Neste diapasão, se o pedido formulado na ação civil pública não tiver por objetivo a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público impugnado, mas, tão somente o direito ou interesse ameaçado e objeto do pedido, não haverá problema no reconhecimento, desde que *incidente tantum*, não podendo ser formulado em sede de ação civil pública o pedido de declaração em abstrato, senão vejamos:

[...] só será cabível o controle difuso de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública e, ainda, “desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal” (Rcl 1.733 – SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º.12.2000, inf.212/STF) (LENZA, 2008, p. 286).

Outrossim, Almeida (2007) leciona que o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de admitir o controle incidental e difuso da constitucionalidade em sede de ação civil pública, o que acaba por resolver a celeuma e a polêmica, senão vejamos:

Observa-se que o STF, em decisões recentes, tem admitido o controle incidental e difuso da constitucionalidade em sede de ação civil pública ou de outra ação coletiva. Assim, com base nessas e outras decisões do STF, tem prevalecido atualmente a tese que admite o controle difuso incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública ou de outra ação coletiva. O STJ também tem admitido, especialmente nas suas orientações mais recentes, o controle difuso e incidental de constitucionalidade via ação civil pública ou outra ação coletiva [...] (ALMEIDA, 2007, p.56).

Neste diapasão, vale a pena citar alguns julgados.

No Recurso Especial nº 830.910 – RS, a ministra Denise Arruda entendeu que não há óbice para a declaração incidental de controle difuso de constitucionalidade,

segundo inclusive os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

Processual civil. Recurso especial. Ação Civil Pública. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Lei municipal. Controle Difuso. Causa de Pedir. Possibilidade. Precedentes do STF e STJ. Provimento do Recurso Especial.

[...]

O controle difuso de constitucionalidade através da ação civil pública, principalmente se exercitada perante um caso concreto, não equivaleria a uma ação direta de inconstitucionalidade. Considerando-se o pedido lançado na petição inicial, quando o autor requer a procedência da ação, para que seja declarada, *incidenter tatum*, a inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/94 [...] (REsp. n.º 830.910/RS Rel. Min. Denise Arruda, 07.10.2008).

Neste mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para reclamar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que ‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tatum*, de lei ou ato normativo federal ou local’. 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público (RE 227.159/GO, 2.º Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 17.5.2002).

Outrossim, Almeida (2007) assevera que os anteprojetos que pretendem estabelecer o código brasileiro de direitos coletivos, preveem expressamente o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública. Não obstante, somos da opinião de que, nos termos da nova hermenêutica constitucional, advinda do neoconstitucionalismo, não há necessidade de lei prevendo expressamente este controle, por conta da própria natureza de garantia fundamental do processo coletivo.

Outra robusta polêmica relacionada ao objeto material da ação civil pública se circunscreve à implantação de políticas públicas por meio do uso da ação civil pública. Referida polêmica se sustenta em razão de se discutir se estaria havendo ou não prejuízo à discricionariedade inerente à função do administrador público.

A respeito de referida polêmica, Paulo Gustavo Guedes Fontes (2005, p. 478) leciona que: “A discricionariedade é em geral considerada a margem de liberdade deixada ao administrador quando a lei não regula de maneira completa a sua conduta; as decisões tomadas dentre dessa margem não seriam sindicáveis pelo Judiciário [...]”.

Referido autor, citando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, completa ainda seus ensinamentos quanto à forma como é vista a discricionariedade da administração pública, principalmente no Brasil, com lição digna de nota, apesar de um pouco longa, senão vejamos:

Na Alemanha, Otto Bachof formulou a teoria da “margem de livre apreciação”, que recusa ao Judiciário um controle total sobre os conceitos jurídicos indeterminados; a Administração disporia nesses casos não de uma liberdade completa, mas de uma margem de apreciação subtraída ao controle judicial. No Brasil, Celso Antonio Bandeira de Mello considera também que a Administração goza de certa liberdade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas se trata efetivamente de uma margem, para além da qual haveria violação da lei. Afirma o autor brasileiro que a palavra é um signo e que este supõe um significado; mesmo os conceitos indeterminados e imprecisos teriam um conteúdo mínimo indiscutível: “De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrangida. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas”.

O citado autor abraça a noção de redução da discricionariedade diante do caso concreto. O legislador confere discricionariedade à Administração para que, perante o caso concreto, ela possa escolher a solução ótima para realizar o interesse público. A discricionariedade existente na norma, *in potentia*, pode se ver reduzida ou mesmo deixar de existir diante da situação concreta, que eliminaria uma parte das opções abstratamente consideráveis para só permitir uma ou algumas soluções possíveis (MELLO apud FONTES, 2005, p.479).

Outrossim, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 169) corrobora referida lição ao asseverar que o choque existente entre a noção de discricionariedade da administração pública e a implantação de políticas públicas por meio do uso de ação civil pública é um dos aspectos mais intrincados na efetivação dos chamados direitos fundamentais, senão vejamos:

Um dos aspectos mais intrincados na realização dos chamados direitos fundamentais sociais diz com a sua efetividade, uma vez que a concreta aplicação desses direitos, em grande parte dependentes de prestações estatais, esbarra em situações dilemática, **contrapondo necessidades essenciais do ser humano a limites contingentes, como a chamada reserva do possível**, o poder discricionário do administrador público e suas escolhas orçamentárias, o caráter programático de algumas das normas nos quais os direitos sociais se fundamentam e um possível âmbito de conformação da norma constitucional definidora de um direito social, que, por juízo de ponderações, subtrairia, em parte, a possibilidade de realização plena dos direitos sociais concretamente adotados pela Constituição (Grifos nossos).

Não obstante, a implantação de políticas públicas em sede de ação civil pública possui fundamento constitucional expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, senão vejamos:

É de se registrar que a Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe também ao Ministério Público (art. 129, II) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover as medidas necessárias para a sua garantia. Portanto, o ajuizamento de ação civil pública para a implementação de políticas públicas possui fundamentação expressa na Constituição, conforme se extrai do seu art. 129, II e III. O art. 5º, XXXV, da CF, ao consagrar o princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, também ampara esse tipo de intervenção judicial (ALMEIDA, p. 58).

Essa questão quanto à legitimidade para implantação de políticas públicas em sede de ação civil pública, inclusive, foi objeto, ainda que superficial do final de nosso primeiro capítulo, no qual comungamos da opinião de que a intervenção do Poder Judiciário na administração pública, objetivando defender e assegurar o respeito a direitos e garantias fundamentais do cidadão é plenamente legítima, tratando-se de verdadeira falácia o argumentos no sentido de que referida intervenção estaria por ofender o princípio da separação dos poderes. Aliás, no segundo capítulo, voltamos ao assunto quando tratamos da nova hermenêutica constitucional, em especial no tópico em que elencamos o poder judiciário como o Terceiro Gigante.

Almeida (2007, p. 59), assevera ainda:

Nesse contexto, o Poder Judiciário do Brasil também deve obediência aos comandos do art. 3º da CF (I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais...), os quais não formam uma mera carta de intenção, mas, como está no próprio texto constitucional, são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da qual o Poder Judiciário é Instituição fundamental. São objetivos constitucionais fundamentais que adquirem intensa dose de juridicidade e conflituosidade, na medida em que são conduzidos à apreciação do Poder Judiciário, que deles não pode fugir por imposição constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/88), por intermédio, especialmente, das ações coletivas, tais como a ação civil pública, a ação popular, etc.

Diante do argumento de que a implantação de políticas públicas estaria viabilizando os comandos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como ao comando de erradicar a pobreza e a marginalização e ainda reduzir as desigualdades sociais, fica praticamente indefensável a posição de quem oferece resistência ao entendimento de ser possível implantar políticas públicas em sede de ação civil pública.

Não obstante, existem sim alguns entendimentos contrários, o que será objeto do próximo item. Os mais fortes argumentos, a nosso ver, da corrente que defende a resistência ao entendimento da possibilidade de implantação de políticas públicas por meio de ação civil pública estão relacionados à teoria da “reserva do possível”, que seria a justificativa de se deixar de implantar políticas públicas em razão da falta de recursos, ou da falta de

previsão quanto a dotação orçamentária para efetivação da sentença em referidas demandas, senão vejamos:

A análise doutrinária da denominada reserva do possível geralmente é feita em duas dimensões: a) uma fática, que se liga à análise da possibilidade material para a implementação do direito – nesse caso geralmente é aferida a falta de condição econômica do Poder Público para cumprir determinados direitos; b) outra jurídica, que é a referente à alegação da necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento de decisões relativas às políticas públicas (ALMEIDA, 2007, p. 60)

Não obstante, levando-se em conta os mandamentos constitucionais supracitados, toda a evolução provocada pelo movimento denominado neoconstitucionalismo, estudado no primeiro capítulo e a nova hermenêutica constitucional concretizadora, estudada no segundo capítulo, fica absolutamente legitimado e robustamente fundamentado o argumento no sentido de que pode sim haver implantação de políticas públicas em sede de ação civil pública. Defender o argumento contrário seria adotar posição que contraria todo o sistema constitucional, hermenêutico e processual decorrente das evoluções ocorridas a partir da segunda metade do século passado.

Quanto à sistemática adotada por nossa Constituição, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 192) leciona:

[...] a teoria da reserva do possível não pode ser simetricamente aplicada no Brasil, eis que originariamente concebida em um Estado, cuja estrutura jurídica é marcada por uma ampla margem de conformação normativa pelo legislador ordinário, em matéria de direitos sociais.

Tal se dá, em verdade, porque a Constituição alemã, ao menos em nível de federação, estrutura os direitos sociais basicamente com alicerce no princípio do Estado Social, sem que programas específicos desta natureza sejam contemplados e sem que haja positivação de direitos sociais por meio da atribuição de direitos subjetivos ou por outras estratégias similares.

Nossa Constituição, contudo, além de hospedar o princípio da dignidade humana e de atribuir direitos públicos subjetivos, trouxe uma ampla gama de disposições atinentes à ordem social.

Neste sentido, Almeida (2007) apresenta lição digna de nota:

A questão gira em torno da análise concreta do desrespeito à Constituição pelo Poder Público e da necessidade de implementação de direito social fundamental. Não é razoável, nem constitucional, que o Poder Público deixe de fornecer medicamentos e, assim, salvar vidas de pessoas, sob a alegação de falta de reserva orçamentária. Não é razoável também que o Poder Judiciário deixe de determinar a reforma em determinado sistema penitenciário, em que presos estão morrendo, sob a alegação de falta de previsão orçamentária. Não é razoável e constitucional que o Poder Judiciário deixe de fixar obrigações específicas ao Poder Público de construir uma creche em determinada localidade, em relação à qual foi apurada a sua real e

premente necessidade, sob a alegação de falta de previsão orçamentária com fundamento na denominada teoria da reserva do possível. A principal função do Poder Judiciário, sendo essa sua especificação funcional, é fazer cumprir a Constituição, especialmente no plano dos direitos fundamentais sociais, em relação aos quais estão intimamente ligados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88).

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 250) apresenta lição também muito oportuna para nossos estudos, apesar de longa, defendendo que não se pode admitir o argumento da reserva do possível para limitar o acesso aos direitos sociais e fundamentais, senão vejamos:

[...] reafirmamos aqui o nosso entendimento de que embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direito a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional. **As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar.** [...] Por outro lado, antes de prosseguirmos, consideramos oportuna a referência ao pensamento de Jorge Reis Novais ao afirmar que **a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível á efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve vigor como um mandado de otimização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, impondo no Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa**, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição de retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial [...].

Por outro lado, destaca Anderson Sant'Ana Pedra (2008) que o dogma relacionado a liberdade absoluta do poder administrativo já está superado, senão vejamos:

Registra-se que o que está em causa é a invasão da esfera do Poder Administrativo pelo Judiciário, mas a simples constatação de que o dogma da liberdade absoluta do poder administrativo já está superado, sustentando-se, assim, a necessidade de temperamento da latitude discricionária da produção administrativa, ainda que fundada em competência constitucional e formalmente válida (PEDRA, 2008, p.66).

Neste diapasão os estudiosos do direito administrativo devem (re)interpretar os institutos relacionados ao ramo do direito administrativo, levando-se em conta os mandamentos trazidos pelo neoconstitucionalismo (PEDRA, 2008, p.56).

Neste sentido, tendo em vista os comandos constitucionais, os avanços alcançados pelo movimento denominado neoconstitucionalismo, a nova hermenêutica

constitucional concretizadora, bem como, o papel do poder judiciário defendido no início deste capítulo quanto à judicialização da política ocorrida atualmente no Brasil e no mundo, principalmente nos países periféricos, nos posicionamos veemente contra qualquer corrente que tente impor resistência ao entendimento da legitimidade de implantação das políticas públicas por meio do uso de ação civil pública.

Quanto à corrente que defende a impossibilidade de implantação de medidas públicas em sede de ação civil pública, tendo em vista toda a principiologia defendida no Estado Democrático e Social de Direito, advinda do movimento denominado por neoconstitucionalismo, bem como, os argumentos que utilizamos para defender a judicialização da política, no início deste capítulo, rechaçamos veementemente a referida corrente doutrinária.

Almeida (2007) leciona ainda que:

[...] não há proibição constitucional para que o juiz avalie a razoabilidade ou proporcionalidade da conveniência ou oportunidade de agir do administrador. Quando a lei autoriza o administrador a agir com conveniência ou oportunidade, ela assim o faz para que tal agir se dê diante de situações concretas. [...] A função jurisdicional, no plano do exercício concreto do poder, é a mais democrática das funções, pois no seu exercício o juiz tem que motivar, sob pena de nulidade, todas as decisões (art. 93, IX, da CF) e, no plano da tutela jurisdicional, ninguém poderá ser prejudicado sem ser ouvido ou sem ter a oportunidade de ser ouvido, mesmo que em momento posterior (art. 5º, LIV e LV). O Administrador terá toda chance de se defender e demonstrar a razoabilidade e a proporcionalidade da conveniência e oportunidade do ato administrativo impugnado por ele praticado. Ademais, o campo da conveniência e oportunidade existe, ele é muito pequeno ou limitado quando estão em discussão direitos sociais fundamentais (vida, saúde, segurança, meio ambiente, etc.) (ALMEIDA, 2007, p. 63).

Verifica-se desta forma que, apesar da resistência ainda encontrada em setores da doutrina e até mesmo da jurisprudência, a tendência, principalmente em países periféricos, como o nosso, é de continuar havendo a intervenção necessária do Poder Judiciário no âmbito da administração pública para garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Outrossim, vale destacar que a teoria da reserva do possível só é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro quando comprovada pelo Estado a absoluta inexistência de recursos financeiros para a implantação da política pública requerida em juízo, senão vejamos:

Na verdade, tanto o entendimento acima indicado como parte da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de mínimo vital, só tolerariam uma espécie de “reserva do possível”, ou seja, só seria lícito ao Estado se desonerar do

cumprimento de uma obrigação inerente a direitos relacionados ao mínimo existencial, se comprovada a absoluta inexistência de recursos, inclusive para outros fins não prioritários, segundo uma ordem de valores urdida sob o critério da dignidade humana (NUNES JÚNIOR, 2009, p.193).

Por fim, com relação ao choque envolvendo a discricionariedade do administrador público, a implantação de políticas públicas por meio do uso da ação civil pública e o argumento da reserva do possível, apresentaremos um quadro, elaborado com alguns ensinamentos tirados da obra proveniente da publicação da tese de livre docência do memorável jurista, Vidal Serrano Junior (2009, p. 220 – 222):

**Quadro nº 11 – O princípio da dignidade da pessoa humana X a teoria da reserva do possível**

|  |
|--|
| a) Em relação à teoria da reserva do possível, a primeira premissa que deve fixar é a de que os agentes e órgãos envolvidos na elaboração do orçamento – chefias do executivo e órgãos legislativos – estão adstritos à observância de todas as normas constitucionais, de modo que, ante um comando que confira ao cidadão um direito público subjetivo, passa a integrar o seu patrimônio jurídico, não existe liberdade de conformação legislativa, mesmo em termos orçamentários, ficando, pois referida peça legal obrigada à previsão de verbas suficientes à realização dos custos derivados do respeito aos direitos consagrados em nossa Lei Maior. |
| b) Os direitos sociais que integram o mínimo vital, posto que intrínsecos à dignidade humana, não se submetem a eventuais restrições orçamentárias, uma vez que, dotados de valor absoluto (não relativo), não podem ser mitigados frente à eventual interesse público secundário da administração pública.  |
| c) A teoria da reserva do possível também não tem aplicação frente a normas constitucionais que atribuam direitos subjetivos a seus destinatários, visto que o orçamento acomodado, na hierarquia nas espécies normativas, em plano infraconstitucional, não pode ser refugido como obstáculo à realização de comandos situados em plano hierárquico superior.   |
| d) Não existe margem de conformação ao legislador ordinário quando da elaboração das peças orçamentárias, frente aos direitos sociais que integram o mínimo vital e que são clausulados por meio de normas constitucionais atributivas de direitos subjetivos. Assim, não é lícito ao legislador, por exemplo, aportar valores em gastos com publicidade institucional enquanto faltarem recursos para gastos com saúde ou educação.   |
| c) A teoria da reserva do possível não tem, portanto, aplicação adequada em nosso sistema jurídico, uma vez que, em relação a direitos sociais mínimos, não há que se falar (frente as condições econômicas do país) em insuficiência orçamentária, mas em definições de prioridade. Deste modo, só se poderia falar em reserva do possível em face de direitos sociais próprios de países mais evoluídos (v.g., acesso universal ao ensino superior), tema que não tem frequentado nossas discussões doutrinárias judiciais.  |
| e) A noção de mínimo vital, como caudatário do princípio da dignidade humana, tem aplicação em nossa ordem jurídica em relação a direitos que não tenham sido explicitados em nossa Constituição, como o direito à moradia e o direito à alimentação.  |

(NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 220-222).

Por fim, como última polêmica que elencamos para discutir, envolvendo o objeto material da ação civil pública, não poderíamos deixar de discutir as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional, cujos benefícios podem ser individualmente determinados.

Neste sentido, Almeida (2007, p. 75) ensina que por força da Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001:

[...] contrariando frontalmente o estabelecido no art. 129, III, e art. 5º, XXXV, da CF, fez acrescer o parágrafo único ao art. 1º da LACP, o qual dispõe que não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia de Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Não obstante, o mesmo autor, enfrentando a questão, assim se posicionou:

Todavia, por força constitucional, não se pode limitar o objeto material da ação civil pública (art. 129, III, em sua combinação com o art. 5º, XXXV, da CF). Portanto, o parágrafo único do art. 1º da LACP, inserido pela malsinada Medida Provisória 2.180-35/2001, é flagrantemente inconstitucional, formal e materialmente. É formalmente inconstitucional porque não se vislumbra relevância e urgência para sua edição; e é materialmente inconstitucional porque limita o direito constitucional a uma tutela jurisdicional coletiva adequada (art. 5º, XXXV, da CF) e ofende literalmente e frontalmente o princípio constitucional da não-taxatividade e do objeto material da ação civil pública (art. 129, III, da CF) (ALMEIDA, 2007, p. 75).

Na verdade, por contrariar frontalmente o texto constitucional, bem como, os princípios relacionados ao direito processual coletivo comum e, principalmente, a principiologia adotada no ordenamento jurídico constitucionalizado com os avanços alcançados a partir da segunda metade do século passado, essa posição do Governo Federal, infelizmente, corroborada por nossos tribunais deve ser revista, diante das ilegalidades e inconstitucionalidades de referida Medida Provisória, bem como, por contrariar frontalmente a evolução processual e constitucional ocorrida no sistema jurídico brasileiro, com a implantação do Estado Democrático e Social de Direito, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O que se pode seguramente afirmar é que, no Brasil, mesmo diante de toda evolução ocorrida e estudada neste trabalho, desde o nascimento do movimento constitucionalista, o neoconstitucionalismo, a nova hermenêutica constitucional, o neoprocessualismo e o direito processual coletivo comum que se desenvolveu no país, principalmente a partir da redemocratização, com a Constituição Federal de 1988, o que,

infelizmente e seguramente se pode afirmar é que os nossos juristas em geral, ainda não tomaram conta da ferramenta que possuem na mão, capaz de efetivamente garantir a implantação do Estado Social Democrático de Direito.

Alguns não se conscientizaram por estarem presos ao passado (sistema jurisdicional privatista e hermenêutica da subsunção), outros, não obstante, por ser mais fácil manter o *status quo* anterior, já que a mudança exige estudos, dedicação para que ocorra o aperfeiçoamento necessário destes juristas, e outros, ainda, por ser mais conveniente a manutenção do Estado Liberal, com poucas opções de representatividade para o eleitor e para o cidadão, e menos ainda, exigências de implantação e efetivação de direitos e garantias fundamentais e sociais, como ocorre no Estado Social Democrático de Direito.

## Considerações finais

No presente trabalho procurou-se estudar as causas para a falta de efetividade e concretização das normas fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como possíveis soluções para enfrentar referido problema, principalmente quanto à concretização de referidos direitos no âmbito coletivo.

Neste sentido, nossa pretensão inicial foi enfrentar a problemática relacionada às causas da falta de efetividade dos direitos fundamentais no âmbito, principalmente dos direitos coletivos.

Como forma de enfrentamento do problema, relacionamos algumas hipóteses que buscamos superar ao longo do trabalho: a) estaria a falta de efetividade das normas fundamentais, principalmente no âmbito coletivo, relacionada à incapacidade do aplicador da lei em se adaptar às mudanças advindas do neoconstitucionalismo?; b) o Poder Judiciário estaria transpondo irregularmente suas funções ao intervir nos demais poderes?; c) estaria havendo falta de interesse ou compromisso dos interessados e principalmente dos legitimados ativos das ações coletivas em provocar o Poder Judiciário para se manifestar a respeito da efetivação de direitos fundamentais ainda não assegurados de forma concreta?

Em busca de enfrentar o problema apresentado e superar referidas hipóteses, organizamos nossos estudos em três capítulos sendo que no primeiro foi estudado a evolução dos direitos humanos, tendo como objeto do estudo o período compreendido entre a *Magna Charta Libertatum* e o pós Segunda Guerra Mundial na Europa e a redemocratização de nosso país. Por meio dos estudos desenvolvidos no primeiro capítulo foi possível verificar a importância do movimento denominado constitucionalismo para a limitação dos poderes do governante, bem como a importância da superação da ordem jusprivatista, fruto do iluminismo, para adoção de uma ordem juspublicística, resultado da reaproximação entre a ciência jurídica e os valores morais.

Neste diapasão, no primeiro capítulo desta dissertação já iniciamos a superação de uma das hipóteses, qual seja, a legitimidade do ativismo jurisdicional provocado pelo neoconstitucionalismo. Concluiu-se, desta forma, que Gregório Assagra de Almeida realmente tem razão ao afirmar que “[...] O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o neoconstitucionalismo [...]” (ALMEIDA, 2007, p. L).

Isso porque, referido movimento, ao reaproximar ética e direito, e revolucionar os paradigmas existentes, nas mais diversas áreas, política, jurídica, religiosa filosófica, cultural etc. Tornou possível sobrevalorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser a pedra de toque do sistema jurídico como um todo. Outrossim, referidas mudanças só foram possíveis quando se reconheceu normatividade e vinculação à norma constitucional que passou a se irradiar e influenciar todos os ramos do direito.

Desta forma, já no primeiro capítulo, começamos a esclarecer parte do problema que havíamos planejado transpor. Não obstante, havia necessidade ainda de se estudar os mecanismos de instrumentalidade do movimento denominado neoconstitucionalismo, o que foi enfrentado no segundo capítulo.

Assim, no segundo capítulo nos preocupamos em estudar os reflexos causados pela robusta mudança dos paradigmas citados no parágrafo anterior, por meio da consequente constitucionalização de todos os ramos do direito, passando a norma constitucional a apresentar característica vinculante e irradiante, o que influenciou a interpretação jurídica, provocando o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional considerada concretizadora dos direitos fundamentais. Foi possível concluir que a nova hermenêutica ainda está em construção, não podendo o aplicador da lei se desfazer das clássicas formas de interpretação jurídica, porém, devendo se esforçar para compreender as novas formas de interpretação advindas da evolução causada pelo neoconstitucionalismo.

Foi possível, ainda no segundo capítulo, sedimentar nosso entendimento quanto à legitimidade do Poder Judiciário de intervir nos demais poderes em defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, superando assim, de forma inquestionável a hipótese que havíamos iniciado a solucionar no capítulo anterior. Foi possível, portanto com os estudos desenvolvidos no primeiro e segundo capítulo concluir que Mauro Cappelletti (1999) tem razão quando afirma que o Poder Judiciário deve sim ser reconhecido como o “Terceiro Gigante”, sendo legítimo o fenômeno intitulado de ativismo jurisdicional, não cabendo mais, no pós-positivismo jurídico, aceitar um Poder Judiciário apático, como previu e desejava Montesquieu em sua visão iluminista de separação dos poderes, ou seja, o Poder Judiciário, no pós-positivismo jurídico, não pode ser apenas a “boca da lei”, deve sim, ser a “boca do direito”, estando legitimado para intervir nos demais poderes, sempre que estiver sendo desrespeitado um direito fundamental do cidadão, seja por omissão, ou até mesmo por ato praticado pelo Estado.

Também no segundo capítulo, foi possível iniciar a superação da primeira hipótese que nos propusemos a enfrentar, sendo possível concluir que realmente existe relação

entre a falta de efetividade das normas e garantias fundamentais e a capacidade dos aplicadores do direito em aceitar e se adaptar às mudanças advindas do movimento intitulado neoconstitucionalismo. Foi possível verificar que referidas mudanças ocorreram em um período histórico muito curto, de pouco mais de sessenta anos, na Europa.

Outrossim, faz-se necessário destacar que se as mudanças são recentes na Europa, no Brasil são potencialmente mais precoces, já que tiveram início com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, havendo neste sentido, apenas 21 anos quanto ao início do exercício das mudanças advindas ao pós-positivismo jurídico em nosso ordenamento. Deste modo, existe enorme resistência no meio jurídico em se aceitar as mudanças exigidas pelo neoconstitucionalismo, implantado em uma órbita juspublicística, de uma sociedade de valores intensamente pluralizados, voltada para a consecução da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, a grande massa de aplicadores do direito teve formação jurídica positivista, voltada para uma ordem jusprivatista, que permitiu e legitimou acontecimentos históricos horrendos como os genocídios praticados na Segunda Guerra Mundial, ou até mesmo, os resultados sangrentos da opressão promovida pela Ditadura Militar no Brasil, principalmente com a publicação do Ato Institucional número 5 que suspendeu todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. Mais tarde, no terceiro capítulo, foi possível provar referida assertiva de forma um pouco mais segura.

Ficou demonstrado, no segundo capítulo que, no pós-positivismo jurídico não cabe mais atitudes legalistas, de juízes meramente positivistas, catatônicos, totalmente indiferentes à realidade social, política, cultural e econômica de seu país. Desta forma, não cabe mais a máxima escrita por Nalini (2008), no qual explicou que no positivismo jurídico, muitos juízes, servos incontestes da lei, deram as costas para à justiça.

Não obstante, ainda não havíamos superado a terceira hipótese, não de forma definitiva. Assim, no terceiro capítulo, buscamos estudar no âmbito processual, as influências provocadas pelo movimento denominado neoconstitucionalismo, que provocou a constitucionalização do processo, fazendo surgir um novo movimento, denominado por alguns autores por neoprocessualismo. Foi possível, no terceiro capítulo, fundamentar definitivamente o problema relacionado entre a efetividade das normas e garantias fundamentais com a resistência dos aplicadores do direito quanto às novas técnicas hermenêuticas concretizadoras dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, no terceiro capítulo, preocupados em estudar no âmbito processual, o resultado das influências do pós-positivismo jurídico, foi possível verificar que

houve considerável e positiva evolução na busca pela concretização dos direitos fundamentais, principalmente com a construção do microsistema de processo coletivo brasileiro, considerado ícone e modelo a ser seguido no universo jurídico.

Ademais, pôde-se observar que realmente existe enorme resistência em se aceitar as mudanças implantadas pelo neoconstitucionalismo ou, mais especificamente, pelo neoprocessualismo, resistência essa, em grande parte, causada pelo que Marinoni (2008) explicou como sendo consequência da ausência de capacidade de alguns aplicadores do direito em ligar, de forma crítica, a lei positivada com a realidade fática da sociedade, somada ainda, segundo referido autor, na tendência da natureza humana de ver o velho no novo, limitando por interpretações restritivas, os benefícios que o novo processo civil pode promover na sociedade contemporânea de cultura e valores pluralistas.

Foi possível ainda, no terceiro capítulo, superar definitivamente a terceira hipótese, sendo verificada a existência de falta de interesse dos legitimados ativos para a provocação do processo coletivo brasileiro. Referida falta de interesse se demonstrou por meio da constatação de que realmente é muito tímida a participação dos legitimados ativos para propositura das ações coletivas, de modo que, com exceção do Ministério Público, que tem atuado de forma relativamente ativa, os demais legitimados não conseguem, seguramente, nas palavras de Almeida (2007), corresponder com sequer 10% das ações coletivas ajuizadas no país. Isso demonstra grande fragilidade ainda da jovem democracia brasileira, talvez, referida falta de interesse seja resultado até mesmo da juventude do sistema democrático brasileiro, somado a alguns entraves, tais como: os custos processuais que associações teriam que suportar para promover uma ação civil pública (honorários advocatícios, perícias técnicas, taxas judiciárias etc.).

Por fim, terminamos referido trabalho, certos de que, em um país em desenvolvimento, como o Brasil, mais do que nunca, deve o Poder Judiciário intervir nos demais poderes do Estado, sempre que provocado, obviamente, na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo absolutamente legítima referida intervenção, quando circunscrita aos limites do texto Constitucional.

Não obstante, encerramos esse trabalho com certo pesar, já que não foi possível apresentar soluções efetivas para combater a resistência de alguns aplicadores do direito quanto à aceitação do novo, das novas técnicas hermenêuticas concretizadoras. Outrossim, não foi possível também aprofundar nossos estudos no sentido de indicar formas de incentivar maior participação dos demais legitimados ativos do processo coletivo quanto à

provocação do Poder Judiciário na busca da concretização dos direitos fundamentais já que ampliaríamos muito o nosso objeto de estudo.

## Referências Bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. **A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. Princípio republicano. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 15° ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madri: Trotta, 2007.

ARAGÓN, Manuel. Constitución y derechos fundamentales. In CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría de la constitución: ensayos escogidos**. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

\_\_\_\_\_. La Constitución como paradigma. In CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría de la constitución: ensayos escogidos**. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

ALVIM, Arruda. Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. in: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALONSO JR. Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. in: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (Coord). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. A Democracia participativa e a crise do regime representativo no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Código Civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. (1988) 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CADEMARTORI, Sergio. Controle da administração e legitimação judicial garantista. In OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. in: GARCIA DE SOUZA, José Augusto (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos: comentando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre la reforma constitucional y sus funciones. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría de la constitución: ensayos escogidos**. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2002.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de; VIANNA, Luiz Werneck. Experiência brasileira e democracia. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos i interpretación de la constitución. In CARBONELL, Miguel (editor). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Significado e atualidade da separação dos poderes. AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 102, p.112, jun. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradutor Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. in: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ, Sergio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. in: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. in: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e

o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos nos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6810>>. Acesso em: 30.09.2009.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da ação civil pública**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Ganira da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (Coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_.Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Coord.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional na constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Harbermas**. In: VIEIRA, José Ribas (org). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ORDACGY, André da Silva. Primeira impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na Tutela Coletiva. in: GARCIA DE SOUZA, José Augusto (Coord.). **A Defensoria Pública e os processo coletivos: comentando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. Ed. Madrid: Ed. Techos, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização e o controle de mérito do ato administrativo pelo judiciário. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a Constituição brasileira de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (Coord). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

REGLA, Josep Aguiló. Del “Imperio de la ley” AL “Estado constitucional”. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008.

SANTIVANEZ, José Antonio Riviera. La doctrina constitucional em la jurisprudência del Tribunal Constitucional. **Armário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Buenos Aires, 2001.

SANCHÍS, Luís Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos ecogidos. Madri: Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_. Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos ecogidos. Madri: Trotta, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Diálogo Jurídico**, (S.l.), ano 1, v. 1, n. 3, p. 14-15, jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem de J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Desvelando os discursos positivistas. In: NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica**: clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_, **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

TELES, João Carlos de Oliveira. Jurisdição constitucional e legitimidade de um tribunal constitucional jurídico-político. in: AGRA, Walber de Moura, CASTRO, Celso Luiz Braga de e TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo e os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)