UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

TALITA TATIANA DIAS RAMPIN

A TUTELA COLETIVA COMO PRESSUPOSTO CONFORMADOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

FRANCA
2011

TALITA TATIANA DIAS RAMPIN

A TUTELA COLETIVA COMO PRESSUPOSTO CONFORMADOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Yvete Flávio da Costa.

FRANCA

2011

Rampin, Talita Tatiana Dias
A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro / Talita Tatiana Dias Rampin. –Franca : [s.n.], 2011
350 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador: Yvete Flávio da Costa

1. Direito constitucional – Brasil. 2. Democracia. 3. Estado democrático de direito. 4. Tutela coletiva. I. Título

CDD – 341.20981

TALITA TATIANA DIAS RAMPIN

A TUTELA COLETIVA COMO PRESSUPOSTO CONFORMADOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Profa. Dra. Yvete Flávio da Costa – FCHS/UNESP

1º Examinador: _____
Prof. Dr. David Sánchez Rubio – Universidad de Sevilla/Espanha

2ª Examinadora: _____
Profa. Dra. Fabiana Cristina Severi – FDRP/USP

Franca, 25 de agosto de 2011

Resultado: _____

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro.** 2011. 350 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2011.

RESUMO

Este trabalho estuda a tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado Democrático de Direito brasileiro, para tanto, adota como possibilidades a conformação-conformista (utilização da tutela para resignar a realidade, realizar a manutenção do *status quo*) e a conformação-libertária (utilização da tutela para construir a democracia, emancipando sujeitos e designando um projeto de direito enquanto liberdade). Analisa os contornos do Estado Democrático de Direito brasileiro, enquanto hipótese *sui generis* da vertente constitucional, problematizando a funcionalidade do direito enquanto fenômeno decisório vinculado ao poder e enquanto ontologia estatal (constituindo, pois, uma totalidade jurídica). Investiga as particularidades da ordem jurídica estabelecida pela ruptura constitucional de 1988, destacando os reflexos sentidos pela irradiação do preceito democrático nos elementos estruturantes do Estado, em especial, os instrumentos dispostos para efetivar o direito de acesso à justiça coletiva. Problematiza a coletivização de direitos e o acesso à justiça coletiva como direitos fundamentais. Traça um panorama da tutela coletiva brasileira, sistematizando conceitos e indicando os instrumentos de judicialização de direitos coletivos, dentre os quais destacam-se as espécies de tutelas existentes, os procedimentos processuais coletivos comuns e especiais, e as principais figuras de acionamento judicial. Analisa o movimento pela codificação do direito processual coletivo, através dos principais modelos concebidos. Analisa o projeto de lei n.5.139 de 2009, que teve por objeto dar um novo regramento à ação civil pública enquanto procedimento comum coletivo. Propugna por uma principiologia processual coletiva, questionando a funcionalidade dos princípios para a realização dos direitos fundamentais, bem como, os paradigmas filosófico, científico e político vigentes no direito. Estuda a tutela coletiva enquanto instrumento de conformação-conformista da realidade, utilizando o método de estudo de caso em ações coletivas da jurisdição constitucional (ADPF n.153, que julgou a constitucional a Lei de Anistia; e a ADIn n.2/DF, que refutou a admissibilidade, no Brasil, da tese de inconstitucionalidade superveniente na esteia de sucessão constitucional). Evidencia a inadequação do paradigma jurídico-processual civil vigente para amparar pretensões coletivas. Estuda a tutela coletiva enquanto instrumento de conformação-libertária, lastreado em estudos empíricos sobre a democracia e os três poderes no Brasil. Caracteriza a tutela coletiva como via alternativa para a construção da democracia, porquanto a jurisdição coletiva constitui arena de luta para a reivindicação de direitos coletivos. Aponta a revolução latente no bojo da ciência processual, que impõe uma revisão de seus principais institutos (especialmente, o processo e a jurisdição) a partir das contingências coletivas (escopos e aspirações das demandas coletivas). Propugna pela erição de um paradigma processual coletivo (caracterizado como colaborativo, participativo e inclusivo) através do redimensionamento de seu método interpretativo (aberto e plural). Vislumbra a tutela coletiva como via para efetivar a libertação dos sujeitos, perfilhando a teoria crítica do direito, o existencialismo camusiano e filosofia da libertação dusseliana.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. direitos coletivos. tutela coletiva. revolução processual. teoria crítica. democracia. libertação.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro.** 2011. 350 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2011.

ABSTRACT

This work studies the collective protection as brazilian democract state of law assumptions, to this end, adopts the conformation-conformist possibilities (use of guardianship to resign reality, perform maintenance of the *status quo*) and conformation-libertarian (use of guardianship to build democracy, freeing individuals and assigning a project of law as freedom). It analyzes the contours of a democratic state of Brazil, as sui generis case of constitutional dimension, questioning the functionality of law as a phenomenon linked to power and decision-making while state ontology (constituting therefore a whole entity). Investigates the particularities of the legal order established by the rupture of the 1988 Constitution, outlining the consequences felt by the irradiation of democratic rule in the structural elements of the state, in particular the willing instruments to effect the right of access to justice conference. Discusses the collectivization of rights and access to justice and collective rights. Provides an overview of the Brazilian collective protection, systematizing concepts and indicating instruments legalization of collective rights, among which are the species of existing guardianships, court procedures and special collective common, and the main drive judicial figures. It analyzes the movement for codification of procedural collective, through the main designed templates. Analyzes the bill n.5.139 2009, which aimed to give a new regramento the civil action as collective common procedure. Advocates of principles for a procedural conference, questioning the functionality of principles for the realization of fundamental rights, as well as philosophical paradigms, scientific and political force in law. Studying the collective protection as an instrument for shaping reality-conformist, using the case study in collective action of the constitutional jurisdiction (ADPF n.153, who judged the Constitutional Law on Amnesty, and ADIn n.2/DF that contested the admissibility, in Brazil, the thesis of unconstitutionality in the east of supervening constitutional succession). It highlights the inadequacy of the civil procedural legal paradigm-force to support collective pretensions. Studying the collective protection as a tool for conformation-libertarian, backed by empirical studies of democracy and the three powers in Brazil. Characterizes the collective protection as an alternative to building democracy, because the jurisdiction is collective arena of struggle for the assertion of collective rights. Points latent revolution in the midst of process science, which requires a revision of its main institutions (especially the process and jurisdiction) from the collective contingencies (scope of collective demands and aspirations). Advocates erição by a collective process paradigm (characterized as collaborative, participatory and inclusive) by resizing its interpretive method (open and plural). Envisions the collective protection as a means to effect the release of the subject, tillering critical theory of law, and philosophy of existentialism camusiano dusseliana release.

Keywords: democratic state of law. collective rights. collective protection. procedural revolution. critical theory. democracy. release.

Los espejos están llenos de gente.
Los invisibles nos ven.
Los olvidados nos recuerdan.
Cuando nos vemos, los vemos.
Cuando nos vamos, ¿se van?
(Eduardo Galeano, 2008)

¿De quién y de qué puedo decir, con efecto: "!Lo conozco!"? Puedo notar mi corazón y juzgar que existe. Puedo tocar este mundo y juzgar también que existe. Ahí termina toda mi ciencia y lo demás es construcción.
(Albert Camus, 2007)

Por eso la obra no pertenece a ningún género literario, aunque le gustaría pertenecer a todos, y alegremente viola las fronteras que separan el ensayo y la narrativa, el documento y la poesía. ¿Por qué la necesidad de saber ha de ser enemiga del placer de leer? ¿Y por qué la voz humana ha de ser clasificada como si fuera un insecto?
(Eduardo Galeano, 2010)

AGRADECIMENTOS

Se você leitor, por curiosidade ou descuido, “bateu os olhos” nessas páginas e não se importou em perder um ou dois minutos lendo meus agradecimentos, eu agradeço! Sinal que você é um conhecido meu (certamente querendo checar se seu nome consta aqui arrolado - espero que esteja!) ou quer conhecer um pouco do autor da obra (e sabe que a maioria dos cientistas só se permite sentir no curto espaço da epígrafe e dos agradecimentos) ou está sem pressa (e afinal, são somente três páginas). Em todo caso, agradeço. Seja bem vindo ao meu mundo de gratidão!

Um projeto de pesquisa não é uma análise científica de um delimitado objeto (pasme!). Projetar-se na ciência é muito mais do que isso: é internalizar a inquietude como postura; é assumir os riscos do erro; é abrir-se às críticas, aguardando ansioso por elas; é aceitar a derrota das tentativas frustradas; é cogitar hipóteses, e perceber que todas elas são provisórias; é desconstruir estruturas, e perceber a efemeridade de tudo aquilo que julgamos certo e acabado; é expor-se em público, debatendo ideias; é preparar-se para confrontos, e percebê-los em nível ideológico; é deparar-se com suas próprias limitações, sofrê-las e (quem sabe) superá-las; é desvelar o senso-comum; é permitir-se a perda, a rebelião; é abrir-se ao novo, sem temer o desconhecido. É encontrar-se... Há muito mais do que um objeto no que segue impresso nessas páginas. Há sentimentos, há paixão, há vida: e pulsa! Demasiado, humano!

Para evitar generalizações, delimito um caso: o meu. A possibilidade de desenvolver meu mestrado no PPGD da UNESP foi um marco em minha vida e envolveu pessoas e escolhas. Pessoas que me deram suporte, pessoas que eu conheci, pessoas que me influenciaram e que eu também influenciei. Quanto às escolhas, estas foram diversificadas: escolha de método, de referencial teórico, de técnica de pesquisa; escolha de disciplinas, de temas de seminários, de eventos científicos; escolha de enfoques, de olhares, de perspectivas. Escolha, sobretudo, de qual seria o meu palco de atuação nessa engrenagem louca que é a vida em uma sociedade capitalista, preconceituosa, individualista, patrimonialista, patriarcal. A escolha pela docência no ensino superior como projeto de vida e de luta não foi fácil de ser realizada e só foi possível porque contei, acima de tudo, com o apoio de pessoas. Tentei, aqui, enumerá-las, adiantando que uma vida inteira dedicada a agradecê-las é insuficiente para dar conta de toda a minha sincera gratidão.

À minha pequena grande família: mãe, Lucelena; irmã, Fernanda; e sobrinha, a pequena Gabriela, pelo suporte que me deram ao encampar esse sonho – incompreendido – que é a pesquisa e a docência; pela paciência de conviver com esse ser humano introspectivo, mal-humorado e viciado em café que me tornei nos momentos finais da dissertação. Foram muitos os desafios que superamos juntas, lutando com dignidade, respeito e união. Sem o apoio incondicional que me deram, nada disso seria, hoje, realidade. Agradeço por compartilharem comigo esse sentimento tão caro que é o amor;

À doutora Yvete Flávio da Costa, que ao me aceitar sob sua orientação abriu as portas do mestrado para esta desconhecida. Agradeço o voto de confiança depositado e espero ter correspondido às suas expectativas, ciente de que as minhas limitações são muitas, enquanto as oportunidades disponíveis são poucas. De "Estrela" em Franca ao tango argentino, nosso convívio superou os muros da academia, aflorando uma linda amizade, que cultivo com muito carinho;

Ao doutor Paulo César Corrêa Borges, cujo profissionalismo era já conhecido dos bancos da graduação, mas que surpreendeu a todos pelo engajamento na luta pelo aprimoramento do PPGD da UNESP (isso, infelizmente, não consta no lattes) e resgate desse sentimento unespiano de união de forças. Agradeço o apoio, a confiança e a amizade;

Aos doutores Roberto Brocanelli Corona e José Carlos Garcia de Freitas, pela pronta disponibilidade com que participaram de meu exame geral de qualificação, com especial agradecimento ao professor Corona por me aceitar em estágio docência no ano de 2010;

Aos doutores Elisabete Maniglia, Alexandre Walmott Borges, Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Antônio Alberto Machado, além dos já citados anteriormente, professores responsáveis pelas disciplinas que cursei no mestrado. Agradeço os ensinamentos compartilhados em sala de aula; verdadeiros mestres que possuem a maior titulação que um acadêmico pode pretender alcançar ao longo da vida: a humildade;

Ao doutor David Sánchez Rubio, pela sensibilidade exalada. Agradeço sua abertura ao diálogo desde a primeira troca de email com esta brasileira desconhecida; agradeço pelo olhar profissional com que leu minha dissertação e pelas críticas tecidas (tão esperadas!). Para além da academia, fica seu alerta sobre a necessidade do resgate sinestésico de nossa condição humana para que nossa existência (vida-esboço que coincide com a peça final, impossibilitando ensaios) seja solidária e afetiva (y transoceánica y adicta);

À doutora Fabiana Cristina Severi, pela simpatia e disposição em analisar meu trabalho, certa de sua grande contribuição para o seu desenvolvimento; é uma alegria, um privilégio e uma honra ter uma mulher, unespiana e docente engajada como avaliadora;

Ao Ícaro e à Maísa, pela paciência, carinho e respeito com que sempre trataram esta discente afoita e exasperada; são verdadeiros protagonistas no PPGD. Reitero: obrigada!

Eu não poderia deixar de realizar agradecimentos pontuais às pessoas que trilharam juntas, comigo, todos os percalços dessa caminhada do mestrado. Pessoas que amo e que são as grandes responsáveis por cada uma de minhas pequenas grandes vitórias:

À Lillian Ponchio e Silva, minha "coautora" barretense. Enquanto bolsistas, iniciamos juntas uma jornada inusitada (psicopatia acadêmica?), que proporcionou nosso amadurecimento profissional e também pessoal, na medida em que consolidou nossa amizade. Compartilhamos momentos de ansiedade à véspera de apresentações em congressos, de felicidade em cada aceite

recebido, de insegurança diante a primeira aula ministrada e de tristeza quando as coisas não iam bem. Viajamos juntas para diversas instituições, nacionais e estrangeiras, levando nossas pesquisas e amor pela ciência e pela UNESP. Enfrentamos, unidas, os desafios da representação discente e da dedicação exclusiva à pesquisa. Que continuemos alargando o conceito "bio"!

Ao Gladstone Leonel da Silva Junior, o "Stone". Cruzeirense marrento, chegou 'chegando' em Franca, todo perdido no meio de uma aula de filosofia, sentou certeiro do meu lado e começou a falar com aquele sotaque indecifrável de um Brasil inteiro do tal "movimento faxinal" (e eu pensava: do quê esse cara tá falando?). Com seu sorriso largo e "malemolência" mineira, conquistou minha amizade. Agradeço pelo convívio e companheirismo, e espero que sua trajetória brasiliense sirva para mostrar ao planalto que existem pessoas com caráter íntegro e samba no pé, e que "pão é pão, queijo é queijo; e pão de queijo é outra coisa, diferente". Agente "é", "sendo";

À Naiara Souza Grossi, a "Nanis", que de pequena só tem o apelido, pois é grande o seu coração. De aluna, tornou-se orientanda; de orientanda, tornou-se colega; de colega, tornou-se amiga, invadindo minha vida com pesquisas, festas e crises, tornando-se imprescindível em variados espaços. Agradeço a invasão, sem ela, não conheceria esse ser humano maternal e puro que é;

À Nicole Gonçalez Colombo Arnoldi, minha "irmã" acriana de orientação, mulher guerreira; companheira de busca por delimitação temática e de memoráveis momentos de descontração no bar "Picanha"; amiga de desabafo, na alegria e na tristeza, pela qual nutro um terno sentimento de amizade que, extrapolando fronteiras, atinge-a onde estiver;

À Mariza Marques Ferreira, amiga (não canso de repetir) que conheci no primeiro dia de aula na graduação e que por acaso (ou destino?) estagiou comigo no CJS, na DPE e, não bastasse, ingressou comigo no mestrado; sua existência é a prova cabal de que a "bondade" existe;

Aos amigos Priscila Walker e Paulo Arantes, pela lição de cumplicidade e humildade que cotidianamente exalam: à Pri, pela ansiedade compartilhada; ao Paulo, por ser um exemplo a ser seguido; ao Wagner Oliveira, pequeno-notável, agradeço o carinho, incentivo e risadas;

Aos companheiros da turma de mestrado de 2009; aos de 2010, especialmente Taylisi Corrêa Leite e Roberto Galvão Faleiros Junior, o "Rob"; aos de 2011, principalmente Júlia Lenzi e Silva, a "Jú", pelo vigor e caráter demonstrado em diferentes oportunidades, é um privilégio dividir com você o monopólio da fala!

Aos amigos que conheci nesse período, cujo afeto catalisou aquela convicção fraterna que só "unespiano" tem: à Shoyo, Yoko, Elaine e Michelle, que tão carinhosamente me acolheram em Franca; aos mais recentes, Athanis Molas Rodriguez, ou "Grego", cuja convivência e visão lírica do direito tem me inspirado a lutar com flores, se preciso for; ao Mozart, pela empatia; à Ísis, a "Pops", e à Carol, pelas pesquisas feitas em conjunto;

Aos amigos “paradigmas”, de longa data: Mariana, a alegria em pessoa; Luana, Letícia, Natália, Pedro, Zé, Jonas e Marcos Giovane. Também devo agradecimentos àqueles sempre presentes, pacientes e tolerantes com minhas ausências: Nathália Trevisani e Matheus Luzente. Vivemos o nosso tempo e lançamos, ao futuro, a certeza de nossa amizade.

Também devo agradecimentos à outra gama de pessoas, as “jurídicas”, que contribuíram, com suas respectivas estruturas e sujeitos, para o desenvolvimento de minha pesquisa:

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (CAPES), pela bolsa concedida, financiamento que possibilitou minha dedicação ao mestrado em caráter exclusivo;

Às instituições pelas quais “passei” realizando atividades científicas, tais como: o Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da UNESP de Araraquara, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); a Faculdade de Direito e o Instituto Gioja da Universidade de Buenos Aires, Argentina (UBA); a Universidade Nacional de Rosário (UNR), Argentina; e a Universidade da República do Uruguai;

À Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, por mais uma vez me acolher. Seu nome é sugestivo e me impulsiona a lutar por um direito cada vez mais humano, voltado cada vez mais às questões sociais. Faz-me, também, lutar por uma ciência mais humana e social, ressignificando estruturas, rompendo barreiras, sonhando por um ideal de sociedade solidário, fraterno e afetivo. Meu caminhar é seguro porque penso onde meus pés pisam e porque vislumbro um horizonte maior no qual meu destino se entrelaça ao seu. Guardo por essa instituição um amor incondicional, porque nela percebo o emergir de seres humanos extraordinários, que amam, sentem e lutam com flores! Fazendo de mim um ser humano melhor a cada instante, em cada gesto, em todo sonho. Para sempre, em mim. “Unesp, eu sou; Unesp, eu vou. Até morrer!”.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Componentes do índice de desenvolvimento humano 59

Quadro 2 - Medição do desenvolvimento humano 60

Quadro 3 - Componentes do índice de pobreza multidimensional 61

Quadro 4 - Índice de desenvolvimento humano ajustado à desigualdade 61

Quadro 5 - Índice de desigualdade de gênero 62

Quadro 6 - Índice de pobreza multidimensional 62

Quadro 7 - IDH na América Latina 63

Quadro 8 - Triângulo latino-americano: democracia, pobreza e desigualdade 65

Quadro 9 - Evolução do Estado de Direito e positivação dos direitos humanos 116

Quadro 10 - Caracterização legal dos interesses/direitos metaindividuais 135

Quadro 11 - Caracterização doutrinária dos interesses/direitos metaindividuais 135

Quadro 12 - Comparação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos .. 136

Quadro 13 - Quadro comparativo entre o mandado de injunção e a ADIn por omissão 168

Quadro 14 – Ações consultadas e ações em andamento 285

Quadro 15 – Autores de ações populares 291

Quadro 16 – Autores de ações civis públicas (1996-2001) 291

Quadro 17 – A estrutura do Estado 299

Quadro 18 – A estrutura jurídica do Estado 300

Quadro 19 – A mudança da função das normas 301

Quadro 20 – As concepções da instituição judicial 302

LISTA DE ABREVIATURAS

Ag.	Agravo
AgR	Agravo Regimental
Ap.	Apelação
art.	Artigo
c.c	combinado com
Dep.	Deputado
Des.	Desembargador
inc.	Inciso
Min.	Ministro
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial

LISTA DE SIGLAS

ABARP	Associação brasileira de anistiados políticos
ACP	Ação Civil Pública
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agravo de Instrumento
AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
AGU	Advogado Geral da União
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP	Ação Popular
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBPC	Código Brasileiro de Processos Coletivos
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078/1990)
CERJIL	Centro pela Justiça e o Direito Internacional
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.5.452/1943)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal (Decreto-Lei n.2.848/1940)
CPC	Código de Processo Civil
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CSM	Conselho Superior da Magistratura
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público

CTN	Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966)
DJU	Diário Oficial da Justiça da União
DOU	Diário Oficial do Estado
DP	Defensoria Pública
DPE	Defensoria Pública do Estado
DPE/SP	Defensoria Pública do Estado de São Paulo
DPU	Defensoria Pública da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/1990)
FAPERJ	Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa
FCHS	Faculdade de Ciências Humanas e Sociais
FDD	Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
IBDP	Instituto Brasileiro de Direito Processual
IC	Inquérito Civil
IDG	Índice de Desigualdade de Gênero
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IDHAD	Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade
IPM	Índice de Pobreza Multidimensional
IUPERJ	Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro
LACP	Lei de Ação Civil Pública (Lei n.6.347/1985)
LAP	Lei da Ação Popular (Lei n.4.717/1965)
LICC	Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei n.3.657/1942)
LC	Lei Complementar
LOMP	Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n.40, de 14 dez. 1981)
MI	Mandado de injunção
MP	Ministério Público
MP/SP	Ministério Público do Estado de São Paulo
MPT	Ministério Público do Trabalho
MPU	Ministério Público da União
MS	Mandado de segurança
MS coletivo	Mandado de segurança colerivo
MS individual	Mandado de segurança individual
MST	Movimento dos trabalhadores Sem Terra
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil

ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
PL 5.139/09	Projeto de Lei número 5.139, de 2009
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPGD	Programa de pós-graduação em direito
PROCON	Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor
PRODDAL	Relatório da Democracia na América Latina
RDH	Relatório de Desenvolvimento Humano
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Estado do Rio de Janeiro
SP	Estado de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJ	Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UNESA	Universidade Estácio de Sá
UNESP	Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 19

CAPÍTULO 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO 31

1.1 Sociedade, estado e direito 39

1.1.1 Sociedade e Estado 43

1.1.1.1 Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações 57

1.1.1.2 Relatório sobre a democracia na América Latina 64

1.1.2 Uma existência para além do estado 66

1.1.3 Estado e direito 75

1.1.3.1 O direito como fenômeno decisório vinculado ao poder 78

1.1.3.2 O direito como ontologia estatal: a totalidade 83

1.2 Estado de Direito 87

1.2.1 A questão terminológica 92

1.2.2 "Um" Estado de direito 95

1.2.2.1 A vertente legal: os governos per lege e sub lege 96

1.2.2.2 A vertente constitucional 98

1.2.3 "O" Estado de democrático de direito brasileiro 101

1.3 Os direitos fundamentais na teoria geracional dos direitos humanos: a problemática do acesso à justiça 105

1.3.1 Da anestesia à sinestesia 107

1.3.2 O desafio do acesso à justiça 110

1.3.3 O acesso à justiça coletiva como direito humano fundamental 113

1.3.3.1 Instrumentos de acesso à justiça coletiva na Constituição Federal de 1988 119

CAPÍTULO 2 A TUTELA COLETIVA BRASILEIRA 121

2.1 Sistematização de conceitos 122

2.1.1 tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos 123

2.1.2 Categorização de direitos coletivos: difusos, coletivos e individuais homogêneos 131

2.1.3 Concepção dinâmica dos direitos individuais homogêneos 137

2.1.4 Situações jurídicas heterogêneas 140

2.2 A hipótese brasileira 145
2.2.1 O microssistema autônomo de regulação brasileira 150
2.2.2 Instrumentos de judicialização de direitos coletivos 152
2.2.2.1 As espécies de tutelas existentes 154
2.2.2.2 Os procedimentos processuais coletivos 159
2.2.2.2.1 O procedimento comum coletivo 160
2.2.2.2.2 O procedimento comum especial 161
2.2.2.3 As principais figuras de acionamento judicial 162
2.2.2.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade 162
2.2.2.3.2 Ação direta de constitucionalidade 163
2.2.2.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental 163
2.2.2.3.4 Mandado de segurança coletivo 165
2.2.2.3.5 Mandado de injunção 167
2.2.2.3.6 Ação civil pública 170
2.2.2.3.7 Ação popular 170
2.2.2.3.8 Ação de impugnação de mandato eletivo 174
2.2.2.3.9 Dissídio coletivo 175
2.2.2 Ação civil pública e ação coletiva: a questão terminológica 176
2.2.3 O movimento pela codificação do direito processual coletivo 182
2.2.4 PL n.5.139/09 187
2.3 Por uma principiologia processual coletiva 188
2.3.1 A função dos princípios no direito 189
2.3.1.1 O conceito de princípios 191
2.3.1.2 Distinção entre princípios e regras em Robert Alexy 193
2.3.1.3 A funcionalidade dos princípios na realização dos direitos fundamentais 195
2.3.1.3.1 O paradigma filosófico 197
2.3.1.3.2 O paradigma científico 198
2.3.1.3.3 O paradigma político 199
2.3.1.4 Primeiras impressões: o aparente fracasso dos direitos fundamentais 200
2.3.2 Princípios específicos ao direito processual coletivo 201
2.3. 2.1 Do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito coletivo 203
2.3.2.2 Da máxima prioridade jurisdicional coletiva 204
2.3.2.3 Princípio da disponibilidade motivada 205
2.3.2.4 Princípio da presunção de legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito 206

2.3.2.5 Princípio da não taxatividade 206
2.3.2.6 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva..... 207
2.3.2.7 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo 208
2.3.2.8 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva 209
2.3.2.9 Princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação 209
2.3.2.10 Princípio da participação pelo processo 210
2.3.2.11 Princípio do ativismo judicial 211
2.3.2.12 Princípio da ampla divulgação da demanda e da devida informação..... 212
2.3.3 A principiologia processual coletiva como fundamento da cidadania no Brasil..... 213

CAPÍTULO 3 TUTELA COLETIVA E A CONFORMAÇÃO CONFORMISTA 215
3.1 Aspectos introdutórios sobre o método e a técnica de pesquisa empregada 217
3.1.1 Método de estudo de caso: notas sobre a escolha da técnica de pesquisa 221
3.1.2 Jurisdição constitucional: notas sobre as ações coletivas estudadas 224
3.1.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade 227
3.1.2.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental 231
3.2 ADI n.02/DF 235
3.2.1 Relato do caso..... 236
3.2.2 A decisão 237
3.2.3 Análise dos votos ministeriais 238
3.2.3.1 O voto vencedor do Min. Paulo Brossard 239
3.2.3.2 Uma análise dos votos vencidos..... 242
3.2.3.3 Uma análise dos votos que acompanharam o relator..... 244
3.3 ADPF n.153 246
3.2.1 Relato do caso..... 246
3.2.2 A decisão 250
3.2.2.1 Uma análise dos votos ministeriais convergentes 252
3.2.2.2 Uma análise dos votos ministeriais divergentes..... 253
3.4 Primeiras impressões..... 254
3.4.1 Impressões sobre o julgamento da ADIn n.2/DF 256
3.4.2 Impressões sobre o julgamento da ADPF n.153 261
3.4.3 Inadequação do paradigma jurídico-processual civil 264
3.4.4 A conformação-conformista..... 267

CAPÍTULO 4 TUTELA COLETIVA E A CONFORMAÇÃO LIBERTÁRIA 270
4.1 A democracia e os três poderes no Brasil 275
4.1.1 Construindo novos lugares para a democracia no Brasil 284
4.1.1.1 A separação dos três poderes 286
4.1.1.2 Revolução processual do direito 289
4.1.2 Perspectivas para uma democracia participativa 295
4.1.3 Rompendo a totalidade: uma releitura dos paradigmas jurídico-estatais 298
4.2 A exterioridade jurídico-processual 303
4.2.1 As aspirações das demandas coletivas 305
4.2.2 A efetividade como critério de valoração normativa 307
4.2.2.1 A concepção de Hans Kelsen na "Teoria Pura do Direito" 309
4.2.2.2 A concepção de Norberto Bobbio na "Teoria da Norma Jurídica" 310
4.2.2.3 A concepção de Tércio Sampaio Ferraz Junior na "Ciência do Direito" 312
4.2.2.4 O critério da efetividade 313
4.3 A conformação-libertária: considerações finais 317

CONCLUSÕES 320

REFERÊNCIAS 333

ANEXOS

ANEXO A - Sentença do processo n.513 de 2008
ANEXO B - Sentença do processo n.737 de 2005
ANEXO C - Carta da transdisciplinariedade
ANEXO D - Código modelo de processos coletivos para Íbero-América
ANEXO E - Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos UERJ/UNESA
ANEXO F - Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos – entregue ao governo
ANEXO G - Resposta a um convite
ANEXO H - Substitutivo ao Projeto de Lei n.5.139 de 2009
ANEXO I - ADIn n.2/DF
ANEXO J - ADPF n.153

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a tutela jurisdicional coletiva sob o prisma da efetividade, qualificando-a, no contexto de uma nova disciplina processual, como sendo um pressuposto conformador[1] do Estado democrático de direito brasileiro.

Por ser essencial ao pesquisador se situar no tempo e no espaço, optamos por delimitar a pesquisa em pelo menos quatro variáveis: (a) no âmbito geográfico, nos restringimos territorialmente à hipótese brasileira, com análises pontuais no âmbito da região sudeste, motivados tanto pela inserção da pesquisadora nesse contexto fático, quanto pelo notável desenvolvimento legal e doutrinário que a tutela de direitos coletivos adquiriu nesse país; (b) no âmbito temporal, adotamos como corte histórico a promulgação, em 1988, da Constituição da República Federativa do Brasil, devido à ruptura jurídica que a mesma propiciou ao instituir uma subespécie democrática *sui generis* da vertente constitucional do Estado de Direito; (c) no âmbito material, tolhemos a amplitude do tema enfocando a tutela jurisdicional (c.1), para, a partir do fenômeno da judicialização de pretensões coletivas, mais especificamente, daquelas que concretizam direitos fundamentais intrínsecos à cidadania (c.2), analisar o direito processual coletivo (c.3) como elemento prospectivo de acesso à justiça (c.4) e, portanto, inerente ao Estado democrático de direito brasileiro (c.5).

Outro aspecto de extrema relevância para a delimitação da pesquisa, diz respeito ao programa de pós-graduação no qual esteve inserida, qual seja, o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), campus de Franca, Estado de São Paulo. A área de concentração do PPGD é "Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania", e a pesquisa foi desenvolvida na linha III "Efetividade e tutela dos direitos fundamentais", o que justifica, em parte, a orientação para desvelar se a sistemática processual coletiva vigente é capaz de dar conta da efetivação dos direitos fundamentais e do

---

[1] O termo "conformador" possui diferentes significados. Segundo o Dicionário Aurélio da língua portuguesa: "Conformar. *V.t.d.* 1. Formar, configurar. 2. Conciliar, harmonizar. *T.d.i.* 3. Conformar (2). *P.* 4. Acomodar-se, resignar-se" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa**.** 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p.256). No título o trabalho, utilizamos o vocábulo em seu primeiro significado, que traz a ideia de "dar a forma". Queremos, com isso, caracterizar a tutela coletiva como elemento que está em conformidade com a própria ideia ou conteúdo de um Estado democrático de direito. Essa explicação é necessária para afastar uma possível interpretação equivocada do próprio tema da pesquisa, no sentido de entenda-la em seu quarto significado (acomodação, resignação). Nosso intuito não é inserir a tutela coletiva como elemento de conformismo (atitude de quem se conforma com todas as situações) e nem fazer dela um instrumento de acomodação e resignação da realidade ao Direito Estatal (embora, por vezes, ela tenha sido utilizada para tanto), pelo contrário: cremos nela enquanto fenômeno de revelação e reconhecimento do fato do pluralismo jurídico.

próprio conteúdo da cidadania. Mais do que pertinência temática entre a pesquisa e o enfoque do PPGD, a convivência e diálogo propiciado a partir das disciplinas[2] e corpo discente e docente daquele foram cruciais para uma melhor exploração e problematização do tema.

Na tentativa de desmistificar a pretensa neutralidade continuamente afirmada como adjetiva à ciência, afirmamos nossa filiação à tese de que inexiste neutralidade no âmbito das Ciências Sociais. Nossa pesquisa não é neutra e se coloca a favor de um projeto político e ideológico específico, que envolve o questionamento das relações de poder instituídas e as práticas institucionais consentidas, buscando compreender a dinâmica com que é orquestrada e subsidiar, ou ao menos oxigenar, uma perspectiva histórica, social, econômica e politicamente contextualizada. Nossa pesquisa firma um posicionamento: de valorização cultural das diversas formas de manifestação social e de instrumentalização de uma ideia de democracia que se concretize no plano real. Por estar "maculada" pela não neutralidade, esclarecemos que em nossa pesquisa compartilhamos da visão lyriana[3] de que o Direito "[...] *nada é*, num sentido perfeito e acabado; que tudo é, *sendo.*" A afirmação do Direito enquanto construção teórica única, estática, absoluta, total e metafísica, não se justifica, na medida em que essa concepção, no mínimo, exclui sua dinamicidade e complexidade histórica, sociológica, antropológica, política e econômica.

Quando questionamos o que é a tutela coletiva no Estado democrático de direito, percorremos a premissa lyriana, de que ela é o que a prática nos revela. *É*, portanto, *sendo.* Quem constrói a realidade são os sujeitos históricos, são os seres humanos situados no tempo e no espaço. A despeito de toda e qualquer frieza e reducionismo que possa talvez engessar as fórmulas e textos das leis, são os seres humanos que determinam o seu alcance e talham o seu conteúdo, conforme suas necessidades e interesses. É dizer: o homem (sujeito) é responsável pela delimitação do significado das coisas. É ele quem, no desenrolar de suas diversas práticas e

---

[2] A honestidade científica leva-nos a evidenciar aspectos relevantes do meio no qual pesquisadora e pesquisa estiveram inseridas. No tocante às disciplinas cursadas no PPGD, citamos: "Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", ministrada pelo doutor; "Governança Pública e Cidadania" e "Tópicos Especiais em Democracia e Estado de Direito", ambas ministradas pelo doutor Alexandre Walmott Borges; "Tópicos Especiais de Acesso à Justiça", ministrada por diferentes docentes, dentre eles, doutores Roberto Brocanelli Corona, Nelson Nery Junior e Camilo Zuffellato; "Filosofia do Direito e da Justiça", ministrada pelo doutor José Carlos Garcia de Freitas; "Fundamentos metodológicos de Pesquisa Jurídica", ministrada pelo doutor Carlos Eduardo de Abreu Boucault; "Direito e Políticas Públicas de Sustentabilidade", ministrada pela doutora Elisabete Maniglia; "Tutela dos Direitos Coletivos: Fundamentos e Pressupostos", ministrada pela doutora Yvete Flávio da Costa. Além dessas, cursamos duas outras disciplinas após a integralização dos créditos do mestrado, as quais propiciaram novas reflexões: "Estudos de Gênero", ministrada pela doutora Lucila Scavone no programa de pós-graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP, campus de Araraquara/SP; e "Tópicos Especiais - Direitos Humanos: fundamentos e desafios", ministrada no âmbito do PPGD pelos doutores David Sanchez Rúbio, professor visitante da Universidade de Sevilha/Espanha, Antônio Alberto Machado e Paulo César Corrêa Borges.

[3] LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 6. (grifo do autor).

relações sociais e institucionais, confere significados e continuamente os ressignifica. Não obstante a pretensa tentativa legislativa brasileira de regrar a tutela coletiva o máximo possível, reduzindo diversos aspectos relacionais ao âmbito da regra, da lei, da codificação, também ela é ressignificada a cada ação, a cada julgamento, a cada construção e invocação prática. Assim, também a tutela coletiva "não é" em um sentido perfeito e acabado: ela é, sendo.

Nesse momento, uma ponderação faz-se imperiosa: tal como ocorre com a noção do que é o Direito[4], também a de tutela coletiva contém diferentes acepções: pode designar tanto uma relação de conformismo (servindo de instrumento ou técnica de dominação) como uma de conformação (configurando um instrumento ou técnica de emancipação) a um projeto político de liberdade. De modo que a tutela coletiva pode instrumentalizar a dominação e a opressão. Mas pode ser mais: pode ressignificar o direito processual civil, torneando-o enquanto prática solidária e cooperativa; pode propiciar a abertura da consciência jurídica para uma cultura de cidadania e participação democrática[5]; pode tornar visíveis realidades ofuscadas pelo paradigma hegemônico de direito e sociedade; pode concretizar valores humanistas e construir novos espaços de relações sociais; pode vislumbrar novas formas de cognição do direito e do justo; pode transformar a realidade; pode emancipar o sujeito; pode ressignificar o direito enquanto expressão de liberdade.

Notemos que a utilização do verbo "poder" não é aleatória. Com ela, indicamos a possibilidade, a capacidade de existir e realizar uma prática contra hegemônica do Direito. Não ignoramos que o Direito é um espaço de luta hegemônica na sociedade, no qual as ideias de "justiça", "liberdade", "igualdade", entre outras, revelam lócus de consenso para a estratificação social de dominação. Dotados de certa consciência histórica, entendemos que o uso do Direito, ressignificado culturalmente pelo sujeito, consiste em estratégia possível de romper com propalado consenso entre classes, mormente considerando que inexiste consenso. Em um Estado que se pretenda democrático, essa ressignificação também perpassa pela atuação do jurista[6].

Inserimos nosso trabalho e a perspectiva de atuação prospectiva do jurista no bojo de

---

[4] Sob o ponto de vista semântico, o termo "direito" é denotativa e conotativamente impreciso: denotativamente vago por que tem muitos significados; conotativamente ambíguo porque é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.38.

[5] SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do direito. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008. p. 6.

[6] "A dizer que ao direito e seus aplicadores não resta alternativa senão a de 'jogar o jogo da democracia', defendendo a ordem jurídica que garante o funcionamento democrático das instituições; articulando-se com os órgãos da sociedade civil para estabelecer os canais de participação política nos mecanismos de decisão e exercício do poder; e, finalmente, atuando como instrumento de justiça social, no rumo daquela sociedade livre, justa e solidária de que fala o legislador constituinte". MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2009. p.117.

um projeto de ampliação dos horizontes da democracia, para que ela se realize também no âmbito material, e não se restrinja ao nível teórico-formal. Nesse movimento, zelaremos para não incorrer na incongruência de pretender conformar a realidade à teoria, como se toda a conflituosidade social fosse passível de previsão e enquadramento legal. Para tanto, buscaremos observar as contingências sociais, o embasamento normativo e o posicionamento do Estado, principalmente por meio das decisões dos tribunais superiores e atividade legislativa.

O tema é atual, pois, embora o tratamento de direitos ou interesses[7] de forma coletiva remonte ao século XVII, seu regramento no Brasil é fenômeno histórico recente. Em 1965 foi disciplinada a primeira ação coletiva brasileira[8], a Ação Popular - Lei n.4.717, de 29 de junho de 1965 (LAP), contudo, os contornos da tutela coletiva, tal como a conhecemos na atualidade, foram delineados com as leis n.7.347, de 24 de julho de 1985, - Lei de Ação Civil Pública (LACP), e n.8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), que, juntas, formam um microssistema integrado e autônomo de regulamentação, que é complementado, ainda, por outras leis ordinárias esparsas. Esta integração decorre de expressa previsão legal: o artigo 21 da LACP determina a aplicação do Título III do CDC na defesa dos direitos e interesses coletivos; o artigo 90 do CDC, por sua vez, prevê a aplicação subsidiária da LACP e do Código de Processo Civil – Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), naquilo que não contrariar suas disposições. O desafio desse sistema integrado é a aplicação conjunta ou suplementar de outras leis que tutelam direitos coletivos, as quais foram posteriormente editadas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), o Estatuto do Idoso - Lei n.10.741, de 1 de outubro de 2003 (LAP), a Lei da Improbidade Administrativa - Lei n.8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências - Lei n.7.853, de 24 de outubro de 1989, a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores

---

[7] Na ciência do Direito, o uso da linguagem não pode ser leviano, devendo o pesquisador primar pelo rigor científico, inclusive a partir do uso de termos técnicos precisos. Nesse sentido, não ignoramos o fato de que os termos "direito" e "interesse" podem designar diferentes significações, dependendo do contexto em que se inserem e até mesmo à teoria que o sujeito opta por filiar-se. Contudo, no Brasil, tanto o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990), como a Constituição Federal de 1988, tutelam indistintamente "direitos e interesses coletivos". Evidenciamos a veracidade dessa assertiva a partir das prescrições contidas no artigo 81, caput e incisos I, II e III do parágrafo único, do CDC, e no artigo 129, inciso III, da CF/88. Trataremos da temática em momento oportuno da dissertação, mas adiantamos que o intuito do trabalho não é esmiuçar as categorizações dos direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, até mesmo porque vislumbramos uma concepção dinâmica dessas categorias. Uma vez que visamos tratar a tutela coletiva a partir dos preceitos constitucionais e sob uma ótica aberta, plural, transdisciplinar, utilizamos os termos "direitos" e "interesses" de modo indistinto, seguindo uma prática já disseminada na doutrina brasileira e, conforme exposto, plenamente justificável para não tornar hermética a proteção e reconhecimento dessa realidade metaindividual.

[8] O instituto da ação popular remonta à Constituição Política do Império do Brasil de 1824, que previa no artigo 157, do título 6º (Do Poder Judicial), que por suborno, peita, peculato e concussão poderia haver contra os sujeitos ação popular a ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Imobiliários - Lei n.7.913, de 7 de dezembro de 1989 e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Lei n.8.884, de 11 de junho de 1994.

É forçoso, portanto, reconhecer que o Brasil contempla, em seu ordenamento jurídico, uma pluralidade de normas sobre direitos coletivos. Não obstante, percebemos que esse regramento não é imune a críticas, principalmente considerando que a tutela prevista é setorial, na medida em que protege direitos materiais específicos, e fazendo-o de forma tímida, parcial, quase sempre incompleta e, portanto, insatisfatória. É dizer que as leis foram promulgadas para proteger pretensões pré-estabelecidas, para mediar conflitos existentes no exato momento de sua edição, característica esta que as impede de tutelar, adequadamente, situações outras que porventura venham emergir no mundo fático das relações sociais. Os direitos coletivos são históricos, portanto, sua tutela deve ser dinâmica, aberta, de modo que permita a revelação do Direito pelo fato social. No que tange à sua sistematização a lacuna é ainda maior, pois inexiste no cenário nacional entendimento bem definido sobre questões cruciais na seara processual coletiva, especialmente no que se refere aos institutos jurídicos, à principiologia e às regras interpretativas aplicáveis.

Apesar da denunciada deficiência, notamos uma paulatina sedimentação de temas nevrálgicos da tutela, da ação, do processo e do procedimento coletivo, sem que, com isso, sejam desenvolvidos estudos científicos cujo propósito seja delinear os contornos de cada instituto jurídico e, principalmente, resolver sobreditas questões dogmáticas, que são essenciais tanto para a construção de um novo ramo da ciência processual, como para a adequada proteção e reconhecimento dos direitos coletivos[9].

O tema, portanto, possui problemáticas desafiadoras a serem enfrentadas. O direito processual civil vigente, de cunho liberal, não atende às aspirações e às pretensões coletivas. Institutos processuais já consolidados tais como a legitimação para agir, a coisa julgada, o objeto da causa, as regras de competência e inclusive os temas estruturantes do direito

[9] Sobre a sistematização e autonomia científica do direito processual coletivo, encontramos em Gregório Assagra de Almeida o pioneirismo (Cf. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003). Pedro Lenza (Cf. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008) e Elton Venturi (Cf. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007) também realizam uma análise sistêmica. O primeiro limita sua investigação à ação civil pública, já o segundo, realiza uma investigação de maior amplitude, contudo, restringe seu olhar ao direito posto. Outros estudos, embora tematicamente ainda mais restritos, merecem destaque: ROCHA, Luciano Velasque. **Ações coletivas:** o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007; ARENHART, Sérgio da Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003 (Temas atuais de direito processual civil, v.6); MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública.** 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007; MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

processual[10], precisam ser revisitados para, então, se conformarem às exigências do tratamento coletivo, pois aqueles foram concebidos sob uma ótica individualista, que logra tutelar, em sua maioria, direitos patrimoniais disponíveis. Atendendo a estes ideais, observamos a inaptidão do processo civil em amparar, mesmo que residualmente, interesses cuja titularidade é indeterminada ou indeterminável, cuja natureza não é patrimonial e cuja tutela deve ser diferenciada, e, preferencialmente, específica, já que as condenações pecuniárias, de cunho ressarcitório, tradicionalmente utilizadas para resolver as lides individuais, não são satisfatórias.

Entendemos que a nossa proposta vai ao encontro dessas problemáticas. Propugnamos pela adoção de um enfoque útil e necessário, porém, pouco estudado: o da efetividade. Este prisma instrumentaliza a concretização dos direitos coletivos, inclusive aqueles inscritos na CF/88 como fundamentais, e que, embora declarados, jazem inertes tal como letra morta de lei. O direito processual coletivo contribui para o resgate da potência originária dos direitos fundamentais e para a proteção das estruturas fundantes do Estado brasileiro, tal como a cidadania e a própria democracia. Se o Direito é um "vir-a-ser", a tutela coletiva pode permitir sua revelação, mostrando "o que é" a partir do que "está sendo".

Não defendemos a ruptura definitiva com a teoria geral do processo, mas, identificamos nas pretensões coletivas algumas particularidades que impõe uma mudança no paradigma processual adotado. Essa mudança implica na erição de uma estrutura própria, concebida a partir de seu próprio objeto e método, com uma ressalva: "mudança" também designa o "ato de dispor de outro modo", de "dar outra direção". Para "mudar", não é preciso, necessariamente, "descartar tudo aquilo que existe". Se aproveitarmos uma estrutura pré-existente[11], mas, dermos-lhe novo significado, interpretação e aplicação, já estamos realizando uma "mudança" substancial. É o que necessita o direito processual coletivo: aproveitar as construções existentes, porém, dando-lhe novo significado, o qual, segundo nossa proposta, notadamente positiva[12], demanda uma releitura do processo a partir da Constituição e do fato do pluralismo jurídico[13].

---

[10] A doutrina diverge quanto ao conteúdo desses "temas estruturantes do direito processual". Filiamo-nos à doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, que elege, como tais, a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Isso, porque compartilhamos do enfoque constitucional proposto pelo jurista. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

[11] Conforme será exposto no decorrer da dissertação, essa "estrutura pré-existente" que deverá ser aproveitada no âmbito processual coletivo diz respeito às garantias processuais e à teoria geral do processo.

[12] Por "positiva" nos referimos ao lastro em um determinado direito "posto" ou positivado: o brasileiro.

[13] Por "pluralismo jurídico" compreendemos a coexistência, dentro de uma mesma sociedade historicamente considerada, de mais de uma expressão do que seja o "Direito". O direito estatal seria apenas uma das formas de expressão do fenômeno normativo.

Defendemos, sim, a construção de um novo paradigma[14], capaz de substituir[15] integralmente o existente, impingindo aspirações próprias[16] as quais permitirão a concepção de princípios e regras interpretativas específicas. Referido paradigma centra o direito estatal como alternativa possível de reconhecimento para proteção de diferentes pretensões sociais (contingências reais), mas não limita sua legitimação ou confina sua efetivação dentro da visão restrita do "existir" legal, estatal ou institucional (ficções jurídicas).

Nesse movimento, influenciados pelos estudos de Gregório Assagra de Almeida[17], vislumbramos a necessidade de superar a tradicional dicotomia "civil/penal" operada no bojo da ciência processual. Entendemos que essa divisão, embora clássica, é reducionista e inibe a tutela dos direitos coletivos. Adotamos, nos moldes propostos pelo jurista, um método pluralista inovador[18], que conflui para a realização de um megaelemento denominado justiça social. Através dele, norteia-se a adoção, pelo Estado, de uma postura prospectiva, que se volta mais ao reconhecimento e concretização do que à mera declaração dos direitos humanos, fundamentais e coletivos.

Como o enfoque ao qual se dirige o tema determina a metodologia aplicável à pesquisa[19], entendemos ser útil evidenciá-la nesse momento. A dogmática jurídica, porquanto metodologia específica das pesquisas jurídicas, está presente em nosso trabalho, principalmente

---

[14] Thomas Kuhn, embora não estabeleça um conceito definitivo de "paradigma", traz, em 1969, no posfácio de sua obra "A estrutura das revoluções científicas", pelo menos duas definições assim transcritas: "De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal [...]", e continua, "Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma." KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 218-219.

[15] A partir dos estudos de Thomas Kuhn, Elton Venturi trabalha com a noção de "revolução paradigmática" provocada pela afluência dos direitos meta-individuais, estudo este que nos servimos em nossos estudos. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24 et seq.

[16] Para explicitar nosso posicionamento, adiantamos o conteúdo de sobreditas "aspirações" da tutela jurisdicional coletiva, as quais, segundo Elton Venturi, podem ser distinguidas em: (a) jurídicas – a transformação da técnica processual para a atuação dos direitos meta-individuais; (b) sociais – pacificação e afirmação da cidadania; (c) econômicas – a otimização da atividade jurisdicional e a desoneração do acesso a justiça; (d) políticas – o redimensionamento das relações Estado/cidadãos e das funções do Poder Judiciário. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105 et seq.

[17] O jurista, promotor de justiça do Estado de Minas Gerais, realizou em 2003 uma primeira tentativa de sistematização de uma nova disciplina ou ramo processual. Essa pesquisa, inovadora do ponto de vista temático e estrutural, já que propõe uma estrutura disciplinar diversa da até então existente, servirá de referencial em nossa pesquisa. Foi a partir da leitura dessa obra que cogitamos uma abertura democrática no bojo científico do processo coletivo. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

[18] O método pluralista é proposto por Gregório Assagra de Almeida em contraposição ao método técnico-jurídico tradicional. Segundo o autor, este método incorpora vários elementos além do técnico -jurídico, são eles os elementos social, histórico, econômico, político, ético. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.7-8.

[19] BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p.51.

pelo recurso às técnicas de análise doutrinária, jurisprudencial e normativa (regras e princípios). Contudo, por entendermos que o fenômeno normativo-estatal não é a única fonte do Direito, optamos pela transdisciplinariedade[20]. Vislumbramos na tutela coletiva lócus científico dinâmico, gerado pela ação simultânea de vários níveis de realidade (política, social, econômica, filosófica, antropológica, sociológica, histórica, jurídica, entre outras). Essas realidades, complexas, revelam-se pluridimensionais na hipótese brasileira, e demandam um método aberto, plural, inclusivo, para propiciar o seu conhecimento. Encontramos na transdisciplinariedade uma alternativa possível e, segundo nosso entendimento, necessária.

Para investigar a gênese dos direitos coletivos no Brasil, buscamos estruturar diferentes fontes de análise: projetos de leis, inclusive tomando conhecimento dos debates ocorridos no Congresso Nacional, no momento de tramitação das propostas; textos normativos positivados; e demandas reais sociais. Por entendermos que o âmbito estatal não é a única fonte criadora do Direito, buscamos observar a conflituosidade social para observar a luta pelo reconhecimento de direitos e práticas que não foram positivadas, universalizadas e teorizadas pela esfera estatal.

Tomamos emprestados os resultados obtidos por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos[21], na pesquisa empírica realizada pelo Instituto Virtual "A democracia e os três poderes no Brasil", tendo por objeto as ações populares, as ações civis públicas e os inquéritos civis públicos em andamento no primeiro grau da Justiça Estadual e nas Procuradorias do Ministério Público Estadual no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. O intuito do empréstimo, antes que fazer da realidade do Rio de Janeiro uma totalidade hegemônica em um país continental e diversificado como o Brasil, é fazer das conclusões dos pesquisadores uma premissa para nosso estudo: as ações coletivas constituem novas arenas de conflitos, que contrapõem os indivíduos e grupos sociais, organizados ou eventuais, ao Estado e às empresas, exigindo novas formas de regulação democrática[22].

Além disso, recorremos ao método-caso para analisar pontos fulcrais da caracterização da tutela coletiva no Brasil. Para tanto, escolhemos três ações de controle de constitucionalidade de importância histórica e social reconhecida: da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.02,

---

[20] Cf. NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinariedade.** Tradução de Lucia Pereira Souza. São Paulo: TRIOM, 1999.

[21] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e Democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 337-491.

[22] "De qualquer modo, se são os homens que fazem as instituições, eles também são o resultado delas, e há algo de intrinsecamente heróico nesse sistema aberto aos interesses coletivos e às pretensões de justiça do homem ordinário que, com a pedagogia do tempo, pode vir a traduzir o princípio democrático da autocomposição do social, latente na revolução processual das ações coletivas, em um novo senso comum". VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e Democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 485.

julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) em 6 de dezembro de 1992, e que constituiu o primeiro julgamento de controle concentrado de constitucionalidade no Estado instituído pós CF/88; e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 153, julgada improcedente em sua totalidade pelo STF aos 29 de abril de 2010, e que foi acionada, por meio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para expurgar do ordenamento jurídico interpretação lesiva da Lei de Anistia (Lei n.6.683, de 23 de agosto de 1979), requerendo uma interpretação conforme a Constituição, declarando, à luz dos direitos fundamentais, que a anistia concedida no período do Regime Militar (1964 a 1985) não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos.

Analisaremos criticamente o contexto fático de construção e violação dos direitos coletivos para, a partir dessa realidade e da conscientização do papel do direito e do jurista frente à conflituosidade social, contribuir para a implementação de uma ciência ou teoria que efetive os interesses coletivos, realizando o que Luis Fernando Coelho[23] denomina "dialética da participação". Referido desiderato somente será alcançado através de uma nova hermenêutica processual e constitucional.

A fundamentação adotada possui lastro no constitucionalismo contemporâneo[24], e volta seu olhar para a potencialização dos direitos fundamentais, sobretudo no plano concreto, defendendo sua efetivação como expressão da cidadania e da democracia. Logra-se, com isso, dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, cuja interpretação deve ser ampliativo.

Imbuídos desses intuitos, iniciaremos nossa abordagem contextualizando o Estado democrático de direito, tecendo considerações sobre seus principais contornos na hipótese *sui generis* brasileira. Nesse movimento, discutiremos o acesso à justiça coletiva como direito intrínseco ao modelo estatal adotado. Discutiremos, em capítulo próprio, a revolução paradigmática operante no bojo do direito processual civil, que implicou na ruptura com a concepção clássica de processo (principalmente no tocante aos limites da demanda) e, inclusive, com a concepção contemporânea do que seja a própria função da jurisdição. Entendemos que o campo judicial deve ser um lócus democrático por excelência, no qual a sociedade é chamada a questionar o papel desempenhado pelo Estado e por ela mesma. A partir da atividade judicial é possível vislumbrar um redimensionamento do papel dos juristas enquanto construtores do Direito, do Judiciário enquanto poder político real, das partes

---

[23] COELHO, Luis Fernando Coelho. **Teoria crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 63.

[24] Entendemos por "constitucionalismo" o movimento juspolítico embasador de uma ordem estatal específica, fundamentada em princípios democráticos garantidores dos direitos fundamentais do homem, da limitação, da participação popular e da alternância no poder. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-2.

enquanto partícipes de um processo cooperativo e da jurisdição enquanto atividade criativa do Direito. A existência de um modelo processual formalista, burocrático e individual "engessa" a jurisdição e acaba refletindo negativamente na concretização dos direitos coletivos. Em seguida, analisaremos os escopos da tutela coletiva e do direito processual coletivo para, por fim, apontar sua coerência com os escopos daquele Estado, revelando sua potência originária em protegê-lo e fomentá-lo, motivo pelo qual urge a conjugação de esforços para consolidar a autonomia do direito processual coletivo, com objeto, método e institutos próprios.

Trata-se, também, de pesquisa de proeminência metódica de revisão bibliográfica, com interseções destacadas da filosofia, da psicologia, da antropologia, da teoria geral do estado, da sociologia e do direito processual e constitucional. O referencial teórico adotado[25] é predominantemente composto por doutrinas jurídicas brasileiras[26], com destaque maior para a análise constitucional da teoria geral do processo proposta por Luis Guilherme Marinoni[27], à revolução paradigmática no processo civil anunciada por Elton Venturi[28], à reclassificação das tutelas jurisdicionais em Sérgio da Cruz Arenhart[29], a sistematização processual coletiva proposta por Gregório Assagra de Almeida[30], além das obras clássicas de direitos coletivos, de lavra de Rodolfo de Camargo Mancuso[31], Pedro Lenza[32] e Hugo Nigro Mazzilli[33]. Também utilizamos as obras sobre o acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth[34], e, quanto à

---

[25] A enumeração não pretende ser exaustiva, prova disso é o arrolamento, a maior, nas referências ao final da dissertação. Essa indicação inicial antecipa algumas das correntes teóricas e ideológicas perfilhadas.

[26] Procuramos utilizar arcabouço teórico brasileiro por ser expressão cultural desta realidade histórica. Ademais, não é excessivo ressaltar a relevância de prestigiar autores brasileiros e latino-americanos. Nesse sentido, nossa pesquisa buscou romper com a postura processual tradicional que importa teorias européias hegemônicas e as aplica à hipótese latino-americana como sendo expressão do "moderno", do "racional", do "evoluído". O eurocentrismo não se justifica, ainda mais em um ramo cientifico cuja técnica não pode ser encarada como um fim em si mesma. É preciso analisar nosso contexto geopolítico, inverter a perspectiva polarizadora de norte-desenvolvido-dominante e sul-subdesenvolvido-subjugado. Com Torres-García, afirmamos: "*Nuestro Norte és el Sur",* portanto: invertamos nossa perspectiva! No mesmo sentido, afirma Eduardo Galeano: *"[...] La causa nacional latinoamericana es, ante todo,uma causa social: para que América Latina pueda nacer de nuevo, habrá que empezar por derribar a sus dueños, país por país. Se abren tiempos de rebelión y de cambio. Hay quines creen que el destino descansa en las rodillas de los dioses, pero la verdad es que trabaja, como um desafio candente, sobre las conciencias de los hombres*". GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina.** 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, Imprenta Rosgal S/A, 2010. p. 414).

[27] MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica processual e tutela dos diretos.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008; **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

[28] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

[29] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, 6).

[30] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do cireito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

[31] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular:** proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

[32] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

[33]MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[34]CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

sua incidência no Brasil, a de Danielle Annoni[35]. O referencial teórico constitucional adotado encontra em José Carlos Barbosa Moreira[36], Jorge Miranda[37] e Peter Häberle[38] seus expoentes. No tocante à efetividade, recorremos aos estudos de José Roberto dos Santos Bedaque[39] e, quanto à sua incidência na concepção de um novo modelo processual "cooperativo", Daniel Mitidiero[40]. Para a investigação sistêmica do direito, analisaremos os normativistas Hans Kelsen[41], Norberto Bobbio[42] e Tércio Sampaio Ferraz Junior[43], buscando evidenciar a efetividade como novo critério de valoração das normas jurídicas.

Para estabelecer um contraponto, buscamos referências, além do citado Roberto Lyra Filho, na perspectiva transformadora da realidade em Antônio Alberto Machado[44], na filosofia da libertação de Enrique Dussel[45] e em Celso Luiz Ludwig[46], na problematização dos direitos humanos a partir de uma ótica pluriversalista em Joaquín Herrera Flores[47] e David Sánchez Rúbio[48], e na ciência do Direito em Agostinho Ramalho Marques Neto[49]. O objetivo maior é discutir, enfrentar e refutar o fenômeno de positivação normativa como único instrumento de tutela de direitos humanos, coletivos e afetos à cidadania. Nesse sentido, buscaremos experiências de movimentos sociais que historicamente lutam pelo reconhecimento de seus direitos e, no que tange à abordagem transdisciplinar que propomos, tentaremos evidenciar que o reconhecimento de novos direitos constitui movimento que perpassa pela ressignificação que o próprio sujeito

---

[35] ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.
[36] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo,** São Paulo, v.61, ano 16, n.190, p.187-200, jan./mar. 1991.
[37] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
[38] HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
[39] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz.** 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
[40] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Carlos dos Santos (Coord). **Temas atuais de direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. v. 14.
[41] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; KELSEN, Hans. **Qué és la justicia?** Tradução de Leonor Calvera. Buenos Aires: Elaleph, 2000.
[42] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001; BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
[43] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
[44] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2009.
[45] DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I); DUSSEL, Enrique. **1492 – El encubrimiento del outro**: hacia el origen del 'mito de la modernidad'. La Paz: Plural, 1994. (Academia).
[46] LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.
[47] FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
[48] RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010 (Direito e sociedade contemporânea).
[49] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto e método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

possui de si enquanto inserido em determinado contexto sócio-cultural. Nossa hipótese é que a subjetividade é afetada pelas tramas sociais nas quais o sujeito se insere, e que tal interrelação repercute, diretamente, na noção de direito e tutela, para além do Estado[50].

Outros referenciais teóricos merecem destaque, dado o engrandecimento significativo que sua leitura refletiu nesta dissertação: Luiz Werneck Vianna, especialmente no que cinge aos estudos da Democracia e os Três Poderes no Brasil[51]; José Eduardo Campos de Oliveira Faria, no que tange ao estudo do Direito enquanto instrumento de transformação social[52] e sobre a ideologia democrática frente ao discurso jurídico liberal[53]; e Thomas Kuhn[54], em seu estudo sobre a estrutura das revoluções científicas. Sem desprezar o rigor do uso de termos técnicos, recorremos à ficção, à poesia e à literatura na escrita de nosso trabalho. O intuito é tornar a leitura deste o mais prazerosa possível e, inclusive, despertar os sentidos para outras formas de cognição.

Ainda quanto ao método, buscamos uma abordagem pluralista, que não exclui ou sedimenta entendimento em uma só vertente (dedutiva ou indutiva). Quando necessário e pertinente, realizamos apontamentos históricos, com o propósito único de contextualizar o assunto abordado. Afinal, "a ciência jurídica não pode ter a pretensão de fazer sentido por si mesma, como se constituísse uma área estanque no campo do conhecimento, nem pode ficar simplesmente alheia às novidades teóricas e metodológicas das demais ciências"[55], principalmente quando estas têm produzido resultados fecundos.

Buscamos adotar uma postura zetética de reação para a superação das falhas e insuficiências verificadas no direito processual. Nossa intenção é contribuir para a potencialização das ações coletivas, indicando não só os instrumentos jurídicos adequados, mas também a postura que o exegeta e o Estado devem adotar para contribuir no resgate do processo como meio de concretização da cidadania, da ação como meio de participação democrática e da jurisdição como meio promocional de justiça social.

---

[50] Cf. GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos. Sevilla: Edita David Sanchez Rubio; SEVERI, Fabiana Cristina. **Experiência, memória e autonomia em um assentamento de reforma agrária na região de Ribeirão Preto-SP.** 2010. 312 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, São Paulo, 2010.

[51] VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002.

[52] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social.** 1984. 393 f. Tese (Concurso para Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984.

[53] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

[54] KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

[55] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.3.

CAPÍTULO 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

> *Los dioses habían condenado a Sísifo a rodar sin cesar una roca hasta la cima de una montaña desde donde la piedra volvía a caer por su propio peso. Habían pensado con algún fundamento que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza*[56].

Com a devida vênia poética, iniciamos nosso estudo recorrendo às palavras de Albert Camus, utilizadas originariamente para narrar "O Mito de Sísifo", ensaio de tez filosófica escrito em 1942. Se em sua origem o excerto inaugurou a parábola do "herói absurdo" ou "consciente", nesta oportunidade sua função é introduzir o contexto paradigmático experimentado pela ciência processual no Estado democrático de direito brasileiro.

Na mitologia, Sísifo é retratado como mestre da malícia e dos truques que, após ter enganado os deuses e a Morte por duas vezes, foi condenado a rolar, por toda a eternidade e com suas próprias mãos, uma grande pedra de mármore até o cume de uma montanha, de onde presenciava, em seguida, o seu rolamento ladeira abaixo, retornando ao ponto de partida e, assim, revelando que todo o esforço, até então desprendido, fora em vão[57]. Durante a subida, Sísifo tinha plena consciência de que invariavelmente, a pedra rolaria para baixo. Trata-se, portanto, de um sujeito que atua consciente. Não obstante, Sísifo cumpre sua pena. Dia após dia, a cada gota de suor que escorre por sua fronte, a cada movimento muscular que realiza no esforço de empurrar o pesado rochedo, a cada raio de sol que queima seu torso, o herói toma maior consciência de sua realidade. Age, se esforça, cansa, mas não acende em si a chama da esperança divina. Quando parece finalmente estar alcançando o seu objetivo, presencia o desmantelamento de todo o seu trabalho humano. É frustrante vê-lo como expectador de sua própria sorte. Mas Sísifo caminha feliz, por ser dono de seus dias. O mero

---

[56] CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007. p. 133.

[57] Ibid., p. 133-134. "*Egina, hija de Asopo, fue raptada por Júpter. Al padre le asombró esa desaparición y se quejó a Sísifo. Éste, que conocía el rapto, se ofreció a informar sobre él a Asopo con la condición de que diese agua a la ciudadela de Corinto. Prefirió la bendición del agua a los rayos celestes. Por ello le castigaron enviándole al infierno. Homero nos cuenta también que Sísifo había encadenado a la Muerte. Plutón nopudo soportar el espectáculo de su imperio desierto y silencioso. Envió al dios de la guerra, quien liberó a la Muerte de manos de su vencedor.*

Se dice también que Sísifo, cuando estaba a punto de morir, quiso imprudentemente poner a prueba el amor de su esposa. Le ordenó que arrojara su cuerpo sin sepultura en medio de la plaza pública. Sísifo se encontró en los infiernos y allí, irritado por una obediencia tan contraria al amor humano, obtuvo de Plutón el permiso para volver a la tierra con objeto de castigar a su esposa. Pero cuando volvió a ver este mundo, a gustar del agua y el sol, de las piedras cálidas y el mar, ya no quiso volver a la sombra infernal. Los llamamientos, las iras y las advertencias no sirvieron para nada. Vivió muchos años más ante la curva del golfo, la mar brillante y las sonrisas de la tierra. Fue necesario un decreto de los dioses. Mercurio bajó a la tierra a coger al audaz por el cuello, le apartó de sus goces y le llevó por la fuerza a los infiernos, donde estaba ya preparada su roca."

esforço para alcançar o cume da montanha é suficiente para preencher o coração humano[58]. É preciso vê-lo feliz, persistindo no caminhar![59]

A parábola coincide com as inquietações[60] que motivam este estudo, pois qual não é o sentimento experimentado pelo construtor do Direito quando, diante determinado conflito, investiga o caso, elabora petição inicial indicando o juiz ou tribunal a que é dirigida, qualifica as partes interessadas, expõe os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, especifica os pedidos, estabelece um valor para a causa, aduz as provas que pretende produzir, requer a citação do réu, instrui a peça com os documentos indispensáveis, distribui a inicial, recolhe todas as custas necessárias, zela pelo devido cumprimento dos trâmites procedimentais, e, ao final, vê a ação ser fulminada por uma sentença judicial extintiva do feito sem julgamento de mérito?

Frustração[61]. Eis o sentimento que experimentamos enquanto construtores, expectadores ou sujeitos no Direito. Seja pela procedência ou não do pedido, todo processo visa sua própria resolução. Que o Judiciário, na pessoa de um órgão colegiado ou monocrático, diga que o autor não possui o direito pretendido. Mas que diga! Que se

---

[58] "*Toda la alegría silenciosa de Sísifo consiste em eso. Su destino le pertenece. Su roca es su cosa. Del mismo modo, el hombre absurdo, cuando contempla su tormento, hace callar a todos los ídolos. (...) Por lo demás, sabe que es dueño de sus días. En ese instante sutil en que el hombre vuelve sobre su vida, como Sísifo vuelve hacia su roca, en ese ligero giro, contempla esa serie de actos desvinculados que se convierte en su destino, creado por él, unido bajo la mirada de su memoria y pronto sellado por su muerte. Así, persuadido del origen enteramente humano de todo lo que es humano, ciego que desea ver y que sabe que la noche no tiene fin, está siempre en marcha. La roca sigue rodando. Dejo a Sísifo al pie de la montaña. Se vuelve a encontrar siempre su carga. Pero Sísifo enseña lafidelidad superior que niega a los dioses y levanta las rocas. Él también juzga que todo está bien. Este universo en adelante sin amo no le parece estéril ni fútil. Cada uno de los granos de esta piedra, cada trozo mineral de esta montaña llena de oscuridad, forma por sí solo un mundo. El esfuerzo mismo para llegar a las cimas basta para llenar un corazón de hombre. Hay que imaginarse a Sísifo dichoso*". CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007. p. 137-138.

[59] Eduardo Galeano, citando cineasta e roteirista argentino Fernando Birri (Santa Fe, Argentina, March 13, 1925) na passagem "*Ventana sobre la utopia*", afirma: "*Ella está en el horizonte - dice Fernando Birri -. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar."* GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes.** 5. ed. Buenos Aires: Catálogos, 2001. p. 230.

[60] Evidenciamos o trajeto institucional e profissional que percorremos para tornar explícitas as experiências "práticas" que vivemos, as quais, invariavelmente, contribuíram para nossa "inquietação" perante o Direito, mais especificamente, para nossa convicção de que o processo não é um fim em si mesmo e que a fórmula não pode preponderar em detrimento do conteúdo: Juizado Especial Cível da Comarca de Batatais/SP (conciliadora); Centro Jurídico e Social (CJS) da UNESP, campus de Franca/SP (estagiária de direito na assistência jurídica gratuita); Vara do Trabalho de Batatais/SP, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (estágio com magistrado); Defensoria Pública do Estado (DPE) de São Paulo, regional de Ribeirão Preto/SP (estagiária de direito); advocacia privada; UNESP, campus de Franca/SP (estágio docência no curso de Direito); Faculdade de Educação São Luis de Jaboticabal/SP (docente do curso de Direito).
No tocante ao nosso contato com a prática forense, ressaltamos o predomínio de experiências voltadas à assistência jurídica gratuita (DPE e CJS) e concernentes à relações de hipossuficiência (JEC e VT), com destaque para a vivência de situações-extremas de violação de direitos humanos e fundamentais.

[61] "Frustrar. *v.t.d.* 1. Enganar a expectativa de; iludir. 2. Inutilizar. *P.* 3. Malograr-se, falhar. 4. Decepcionar-se." FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 420.

pronuncie sobre o "Ser ou não ser" [62]; que se pronuncie sobre o mérito da demanda!

Nada mais frustrante do que a extinção de um processo sem a resolução de seu mérito.

Nos termos do artigo 267 do CPC são várias as causas que ensejam essa modalidade de extinção processual: indeferimento da petição inicial (inciso I), inércia processual durante mais de um ano por negligência das partes (inciso II), abandono do processo pelo autor, por mais de trinta dias, quando lhe competia promover atos ou diligências (inciso III), ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (inciso IV), reconhecimento de perempção, litispendência ou coisa julgada (inciso V), inocorrência de quaisquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual (inciso VI), convenção de arbitragem (inciso VII), desistência da ação pelo autor (inciso VIII), intransmissibilidade da ação por disposição legal (inciso IX), confusão entre autor e réu (inciso X), além de outros casos específicos prescritos no CPC (inciso XI). Se entendermos que o escopo do processo é instrumentalizar a efetivação de direitos, a frustração é ainda maior, pois a extinção sem resolução de mérito pressupõe o não enfrentamento do objeto da demanda. Isso significa que os fatos aduzidos em juízo não foram apreciados, ou seja, o conflito judicializado sequer foi analisado. Nesse sentido, a tarefa do construtor do direito é equiparada à de Sísifo, já que todo o seu esforço na judicialização do direito terá sido em vão.

Se entendermos que a construção do direito ocorre não somente pelas mãos do jurista, bacharel em direito, conhecedor olímpico da técnica e das burocracias do expediente

---

[62] Manifestações diversas da mesma dimensão humana, Direito, Poesia e Filosofia se tocam em muitos aspectos. Recorremos inicialmente à parábola filosófica de Sísifo e, nesse momento, à poesia do dramaturgo inglês William Shakespeare (1564 – 1616): "Ser ou não ser, eis a questão" (no original em inglês: "To be or not to be, that's the question") vem da tragédia Hamlet, de William Shakespeare. Encontra-se no Ato III, Cena I e é frequentemente usada como um fundo filosófico existencialista. O verso, citado pelo personagem principal Hamlet, é o seguinte: "Ser ou não ser, eis a questão: será mais nobre/ Em nosso espírito sofrer pedras e setas/ Com que a Fortuna, enfurecida, nos alveja,/ Ou insurgir-nos contra um mar de provações/ E em luta pôr-lhes fim? Morrer.. dormir: não mais./ Dizer que rematamos com um sono a angústia/ E as mil pelejas naturais-herança do homem:/ Morrer para dormir... é uma consumação/ Que bem merece e desejamos com fervor./ Dormir... Talvez sonhar: eis onde surge o obstáculo:/ Pois quando livres do tumulto da existência,/ No repouso da morte o sonho que tenhamos/ Devem fazer-nos hesitar: eis a suspeita/ Que impõe tão longa vida aos nossos infortúnios./ Quem sofreria os relhos e a irrisão do mundo,/ O agravo do opressor, a afronta do orgulhoso,/ Toda a lancinação do mal-prezado amor,/ A insolência oficial, as dilações da lei,/ Os doestos que dos nulos têm de suportar/ O mérito paciente, quem o sofreria,/ Quando alcançasse a mais perfeita quitação/ Com a ponta de um punhal? Quem levaria fardos,/ Gemendo e suando sob a vida fatigante,/ Se o receio de alguma coisa após a morte,/ –Essa região desconhecida cujas raias/ Jamais viajante algum atravessou de volta –/ Não nos pusesse a voar para outros, não sabidos?/ O pensamento assim nos acovarda, e assim/ É que se cobre a tez normal da decisão/ Com o tom pálido e enfermo da melancolia;/ E desde que nos prendam tais cogitações,/ Empresas de alto escopo e que bem alto planam/ Desviam-se de rumo e cessam até mesmo/ De se chamar ação/ legou-nos a lição de que o tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo".
Aliás, a menção a Shakespeare não é ideia original ou exclusiva nossa, já que até mesmo o Ministro Luiz Fux, em nota de apresentação do anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, citou trecho poético shakespeariano ("o tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo"). Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. 381 fl.

forense, mas, também, pelos sujeitos interessados na resolução do processo, pelos titulares do direito discutido em juízo, perceberemos que a margem de frustração será maior na medida em que sua atuação para a "resolução do caso" é ínfima e que, na maioria das vezes, as próprias partes não conseguem compreender o processo no qual seus direitos estão sendo discutidos. Um paradoxo da técnica inexplicável, que gera, no mínimo, uma sensação de impotência e, como dissemos anteriormente, de frustração.

Albert Camus, em "O Estrangeiro", retrata em seu personagem principal, "Meursault", essa experiência de deslocamento do sujeito em relação ao seu processo, como se este fosse um território alienígena no qual ele (sujeito) é forasteiro, desconhecedor de seus contornos, desenvolvimento, passado e futuro[63]. Sendo titular de um direito que não pode exercer senão por intermédio de sujeitos dotados da dita "capacidade postulatória"[64] e conhecedor de nuanças que não pode tratar senão quando indagado pelo magistrado, o sujeito queda alienado à margem do processo. Como explicar a esse sujeito que o processo foi extinto sem a resolução do mérito devido à impossibilidade jurídica do pedido? Imagino o que Meursault diria "como é impossível meu pedido, se é 'meu', se eu o 'vivo', se eu 'existo'?". Se é que diria, se é que adiantaria fazê-lo, já que o "processo" acaba tomando destaque principal em relação ao sujeito-personagem.

Essa situação de alienação não é construção da literatura ou ficção. Vivemos uma época em que o saber científico, talvez em busca de uma possível "depuração", se distanciou a tal ponto da realidade que acabou se dissociando dela. No âmbito do Direito, saber científico e linguagem dificultam a compreensão e realização das contingências reais, contribuindo para a acentuação das divergências existentes entre teoria e prática. É possível, para além da ficção, perceber situações nas quais o rebuscamento da linguagem (pejorativamente alcunhado de "juridiquês") torna incompreensível o conteúdo do direito. Se o sujeito não compreende referido conteúdo, como gozá-lo? Como reinvindicá-lo? Como é possível falar em autonomia, liberdade, igualdade,

---

[63] "Mesmo do lugar dos réus, é sempre interessante ouvir falar de nós mesmos. Durante os arrazoados do procurador e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim e talvez até mais de mim, que do meu crime. Eram aliás assim tão diferentes, estes discursos? O advogado levantava os braços e pleiteava culpado, mas com atenuantes. O procurador estendia as mãos e pleiteava culpado, mas sem atenuantes. No entando, uma coisa me incomodava vagamente. Apesar de minhas preocupações, apetecia-me por vezes intervir e o meu advogado dizia-me então 'Cale-se, para seu bem é melhor que se cale'. De algum modo, tinham todo o ar de tratar deste caso à margem da minha pessoa. Tudo se passava sem a minha intervenção. Jogava-se a minha sorte sem que me pedissem a opinião. De tempos a tempos, tinha vontade de interromper toda a gente e de dizer: 'Mas quem é afinal o acusado? É importante ser o acusado. E tenho coisas a dizer!'. Mas, pensando bem, não tinha nada a dizer [...]". CAMUS, Albert. **O estrangeiro.** Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record; [Madri]: Altaya, 1995. p. 54.

[64] Segundo o inc. I do art.1º do Estatuto da OAB são atividades privativas de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais (O STF, na ADIn n.1.127-8, declarou a inconstitucionalidade da expressão "qualquer" constante neste inciso, haja vista que há determinadas demandas e situações, previstas em lei, que autorizam a atuação direta da parte interessada sem intervenção de advogado, como, por exemplo, ações no JEC, ações trabalhistas e habeas corpus).

emancipação e justiça, em um contexto que inibe a autodeterminação do sujeito?

Um caso prático nos permite ilustrar tal estado de estranheza e alheamento.

Aos 21 de setembro de 2005, o juiz de direito Gerivaldo Alves Neiva, da comarca de Conceição do Coité, no Estado da Bahia, então atuante no Juizado de Defesa do Consumidor, prolatou sentença nos autos do processo n.0737/05, no qual um consumidor pleiteava o ressarcimento do valor pago (R$174,00) na aquisição de um telefone celular que, após dois meses de uso, parou de funcionar. De acordo com a assistência técnica autorizada da marca fabricante, não havia conserto para o defeito apresentado do aparelho. Seria mais uma sentença de juizado especial, não fosse a linguagem "popular" utilizada pelo magistrado que, pensando exatamente na necessidade de se fazer compreendido pelo destinatário da mesma (o consumidor), abriu mão do "juridiquês" e, com palavras claras, decidiu o caso conciliando a técnica (processual) com a realidade do interessado (um carpinteiro que, enquanto consumidor, atuou diretamente no juizado sem a assistência de um advogado). No caso, além da particular linguagem utilizada, notamos a preocupação do magistrado em efetivar o direito em questão e driblar as ciladas processuais e procedimentais que os advogados das empresas lançaram sobre o conflito. Transcrevemos excerto da parte dispositiva da sentença[65]:

> Diz a Lei que no Juizado não precisa advogado para causas como esta. Não entende seu Gregório porque tanta confusão e tanto palavreado difícil por causa de um celular de cento e setenta e quatro reais [...] Não se importou muito seu Gregório com a situação: um marceneiro não dá valor ao que não entende! Se não teve solução na amizade, Justiça é para isso mesmo!
> Está certo Seu Gregório: o Juizado Especial Cível serve exatamente para resolver problemas como o seu. Não é o caso de prova técnica: o telefone foi apresentado ainda na caixa, sem um pequeno arranhão e não funciona. Isto é bastante! Também não pode dizer que Seu Gregório não tomou a providência correta, pois procurou a loja e encaminhou o telefone à assistência técnica. Alegou e provou!
> Além de tudo, não fizeram prova de que o telefone funciona ou de que o Seu Gregório tivesse usado o aparelho como ferramenta de sua marcenaria. Se é feito para falar, tem que falar!
> Pois é Seu Gregório, o senhor tem razão e a Justiça vai mandar, como de fato está mandando, a Loja Insinuante lhe devolver o dinheiro com juros legais e correção monetária, pois não cumpriu com sua obrigação de bom vendedor. Também, Seu Gregório, para que o senhor não se desanime com as facilidades dos tempos modernos, continue falando com seus clientes e porque sofreu tantos dissabores com seu celular, a Justiça vai mandar, como de fato está mandando, que a fábrica Siemens lhe entregue, no prazo de 10 dias, outro aparelho igualzinho ao seu. Novo e funcionando!

[65] Disponibilizamos a sentença no **ANEXO A – Sentença do processo n.513 de 2008.**
Cf. NEIVA, Gerivaldo Alves. **Sentença "O celular do carpinteiro".** 5 ago. 2007. Disponível em <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2007/08/processo-nmero-073705-quem-pede-jos-de.html>. Acesso em: 24 abr. 2011.

Acostumados a um universo prolixo, ler a íntegra da sentença causa espanto, tamanha a simplicidade das palavras, tamanha a singeleza da forma pela qual as preliminares de mérito argüidas pelos advogados das requeridas foram superadas pelo magistrado. Assim como Meursault, o "Seu Gregório" (autor) foi retratado pelo magistrado[66] como um sujeito que não estava conseguindo compreender os atos e ritos da audiência de instrução. Diante a dificuldade que o autor, pessoa leiga no "juridiquês", certamente teria para ler e compreender sozinho uma sentença prolixa, o magistrado não encontrou alternativa que não escrever uma sentença para ser lida e entendida por "um carpinteiro". Notamos um exemplo de atuação do jurista que se preocupa não somente com o rigor da técnica, mas, sobretudo, com a concretização da justiça social. Não fosse a capacidade do magistrado em realizar uma leitura do processo sob o prisma da efetividade do direito, dificilmente o mérito da ação teria sido enfrentado.

Por outro lado, já indicando indícios de uma cultura ou prática jurídico-judicial brasileira que se esquiva em enfrentar o mérito da ação por meio de artifícios técnicos (processuais ou procedimentais), indicamos recente julgamento[67] realizado por outro Juizado Especial Cível, o da Comarca de Rio Negro, no Estado do Paraná. Trata-se de sentença prolatada nos autos n.513/2008, de ação de cobrança, no qual o requerente postulou ressarcimento pecuniário (na monta de R$300,00), a título de indenização por danos materiais, referente aos danos ocasionados em sua propriedade pelos animais do reclamado. Em sua defesa, o reclamado alegou, preliminarmante, incompetência do juizado para processar a causa dado a complexidade da mesma, argüindo, também, que o local constitui território tradicionalmente ocupado e cultivado em regime de faxinal[68], fato este que impediria a existência da propriedade privada do requerente naquele local. A despeito desta alegação, que constitui, no "juridiquês" a oposição de "fato modificativo", a juíza leiga da ação, Patrícia Witt Holsbach, não vislumbrou complexidade probatória e deu prosseguimento ao feito, reconhecendo a procedência do pedido do requerente.

Em ambos os casos apresentados a postura do magistrado foi fator decisivo para a resolução do mérito das ações: no primeiro caso, o juiz flexionou o formalismo em prol da efetivação do direito do consumidor; no segundo caso, a juíza engessou a concretização do

---

[66] NEIVA, Gerivaldo Alves. Juristas, linguagem e povo: ruídos na comunicação. **Consulex**, Brasília/DF, n.322, p.31-33, nov. 2010. Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2010/12/normal-0-21-false-false-false-pt-br-x.html>. Acesso em: 29 mai. 2011.

[67] **ANEXO B - Sentença do processo n.737 de 2005.**

[68] Sobre as comunidades tradicionais faxinalenses, conferir: SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel. **A luta por direitos étnicos e coletivos frente à expansão do agronegócio**: a experiência das comunidades tradicionais faxinalenses. 2010. 185 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, São Paulo, 2010.

direito (reconhecimento do faxinal) com argumentos formais.

O desafio do enfrentamento do mérito adquire contornos específicos no Estado democrático de direito brasileiro, pois, nesta hipótese, a prestação jurisdicional é modificada pelo preceito democrático. Tal prestação deve ser ampla, aberta e justa. Negar tais caracteres é negar a própria democracia. Agrava a situação se o processo em pauta for coletivo, cujas repercussões afetam toda uma coletividade de pessoas, indeterminada ou indeterminável[69].

Para inaugurar a discussão da efetivação de direitos e do acesso à justiça coletiva no Estado democrático de direito, recorremos ao "Mito de Sísifo", mas poderíamos também invocar as palavras entoadas por José Eduardo Campos de Oliveira Faria em 1982, ao defender sua Tese de Livre-Docência no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP: "Qual o sentido em se retomar, no âmbito do direito, o velho tema da democracia?"[70]. Vivemos em uma democracia, e o desafio maior, em vivê-la, é construí-la[71]. Segundo Renato Janine

---

[69] Um exemplo do desafio do enfrentamento do mérito em processo coletivo foi o julgamento da ADI n. 2, julgada pelo Pleno STF em 06 de dezembro de 1992, tendo como relator o Ministro Paulo Brossard. Este julgamento pode ser considerado o primeiro controle abstrato de constitucionalidade realizado no Estado Democrático de Direito. Contudo, após calorosos debates entre os ministros, não houve o enfrentamento do mérito, devido à "impossibilidade jurídica do pedido". A ADI n.2 foi ajuizada pela Federação Nacional de Estabelecimentos de Ensino, com base nos artigos 3º, inciso XXI, 8º, inciso III, 102, inciso I, alínea "a" e seu parágrafo único e 103, inciso IX da CF/88, pleiteou a declaração da inconstitucionalidade e inaplicabilidade dos artigos 1º e 3º do Decreto-Lei n.532 de 16 de abril de 1969, e artigos 2º ao 5º do Dec. Federal n.95.921 de 14 de abril de 1988. Referidos dispositivos atribuíram competência aos Conselhos Estaduais de Educação para fixar e reajustar os preços dos serviços educacionais pagos aos estabelecimentos privados de ensino, e, também, estipulou critérios, fórmulas, índices e tetos para a fixação daqueles. A parte autora entendeu pela inconstitucionalidade da legislação atacada, mormente pelo fato de que os dispositivos contrariavam o conteúdo material da Constituição vigente. O cerne do debate foi a admissibilidade ou não, pela CF/88, da tese da inconstitucionalidade superveniente. À época, o instrumento adequado para questionar a constitucionalidade de leis anteriores à Constituição, qual seja, a ADPF, não havia sido regulamentada. Somente em 1999 sobreveio esta regulamentação (Lei n.9.882). Essa ação é paradigmática porque revela uma opção que o STF, enquanto "guardião da Constituição", preferiu não enfrentar o mérito do processo e, portanto, não prestar efetiva tutela ao direito judicializado sob o argumento de "impossibilidade jurídica do pedido". Ou seja, o direito material sucumbiu face o instrumento, então inexistente. Cf. ADI 2. Rel. Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001.

[70] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

[71] Em editorial publicado aos 07 de agosto de 1990 pela Folha de São Paulo, intitulado "A difícil tarefa de construir a democracia", encontramos a expressão desse desafio no momento de superação normativa das bases autoritárias militares para a abertura democrática: "A nação está perplexa. Construir a democracia está sendo mais difícil do que foi derrubar a ditadura. Democracia não é uma palavra vaga. Mas, sim, o valor fundamental da vida pública. Democracia significa governo do povo. E, portanto, o contrário do mandonismo e da centralização do poder. Construir a democracia significa substituir o centralismo autoritário por formas de participação dos diferentes setores da população nos assuntos de interesse coletivo. [...] Cada um de nós tem a possibilidade de fazer alguma coisa para mudar esse quadro e mudar a vida da nossa população. As eleições são uma oportunidade para exercermos esse papel. [...] Torna-se cada vez mais claro que é necessária a participação dos múltiplos segmentos da população no encaminhamento das soluções. A população é quem melhor conhece seus problemas e a primeira interessada na sua solução". THAME, Antonio Carlos Mendes; MONTORO, Ricardo (org). **Franco Montoro**. São Paulo: IQUAL, 2000. p. 71.

Ribeiro, "A Democracia se aprende, se constrói, se cria" [72]. Democracia pressupõe pluralismo e abertura ao diálogo. Uma investigação que se proponha a debatê-la, abre perspectivas para sua problematização, o que, de certa forma, contribui para sua [re]afirmação.

Incrustado na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, o preceito democrático imanta todos os elementos constituintes deste Estado que então se instaura[73], e, no entanto, passados mais de vinte anos, parece não haver consenso sobre o seu real delineamento. O dissenso, fenômeno comum na ciência jurídica[74], tal como em outras ciências sociais, nos faz indagar: o que é a democracia? Quais são os seus reflexos, se existentes[75], no "Estado de Direito" quando assim o qualifica?

O presente capítulo, antes que responder definitivamente essas questões, embora pertinentes, busca subsidiar a discussão na seara processual sobre os contornos que este modelo de Estado infere à ordem jurídica estabelecida e ao paradigma processual vigente.

A inquietude despertada por essas questões, aliada à necessidade de encontrar o centro gravitacional em temática que se nos apresenta cambaleante, nos impulsionou a iniciar a pesquisa analisando os contornos do Estado democrático de direito brasileiro, enquanto vertente constitucional *sui generis* do Estado de Direito. Em um segundo momento, enfocaremos o delineamento do direito processual coletivo a partir da contingência democrática. Analisaremos sumariamente a gênese do Estado, traçando notas distintivas e aproximativas entre Sociedade, Direito e Estado. Após, cuidaremos do "Estado de Direito" propriamente dito, vislumbrando a inserção democrática na hipótese brasileira. Apoiaremo-nos em pesquisa terminológica e, no campo teórico, ampliaremos nosso olhar para diversas disciplinas, dentre elas, a Filosofia, a Sociologia, a História e a Antropologia, para, em um segundo momento, voltarmos nosso olhar sobre um contexto fático e normativo específico: o Estado brasileiro pós CF/88.

---

[72] RIBEIRO, Renato Janine. As mulheres e o poder. **Revista Filosofia,** São Paulo, ano IV, n.45. Disponível em: < http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/Edicoes/45/artigo167729-1.asp>. Acesso em: 5 ago. 2011.

[73] Para não cair em vícios do discurso jurídico, cumpre um esclarecimento: entendemos que a Constituição integra, historicamente, um processo de lutas e conquistas sociais que não se origina dela ou nela se encerra. O uso habitual dos termos "instituído" e "instaurado" para designar um momento de ruptura jurídica provocado pela promulgação da CF/88 não pretende ignorar todo o processo de luta histórica de reconhecimento de direitos que a precedeu. Cf.: GOULART, Marcelo Pedroso. **O ministério público e as obrigações do estado na era da globalização**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2002. p. 46 et seq.

[74] Como exemplo de dissenso doutrinário, apontamos os seguintes questionamentos: o que é o Direito? O que é a Justiça? O que é Sociedade? O que é Estado? Essas indagações não possuem uma resposta unívoca, e variam conforme o enfoque ou prisma adotado (filosófico, sociológico, antropológico, entre outros).

[75] José Eduardo de Oliveira Campos de Faria problematiza que a linguagem desempenha funções informativas, emotivas e diretivas, consistindo verdadeiras "armadilhas" no momento da determinação da força intencional ou motivacional das expressões correntes na práxis política. O autor questiona, então, qual o significado do termo "democracia". Será ele um termo realmente vago? Cf. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 267 et seq.

1.1 Sociedade, estado e direito

Nossa pesquisa sobre a temática "Sociedade", "Estado" e "Direito" é transdisciplinar[76]. Percebemos a necessidade de aprofundar o conhecimento dessa relação (Sociedade, Estado e Direito) a partir da hipótese plural ou multidimensional brasileira (Estado democrático de direito). Buscamos um entendimento que não seja segmentário, e que se interesse pela dinâmica gerada pela ação simultânea de vários níveis de realidade, ou seja, que não seja disciplinar a ponto de comportar, no máximo, um único e mesmo nível de realidade[77]. Essa visão segmentária, que pretendemos refutar, comum na ciência jurídica, possui influência kelseniana. Hans Kelsen, ao estabelecer sua teoria "pura" do Direito, adotou como princípio metodológico fundamental a estrita delimitação do objeto de estudo jurídico, que, em sua concepção, deve pretender responder, única e exclusivamente, à questão de "o que é" e "como é" o Direito[78]. Dessa forma, Kelsen pretendeu garantir "higidez" metodológica ao Direito, em um momento histórico no qual o próprio lutava para se afirmar enquanto ciência e, principalmente, para se distinguir de outras, tal como a Sociologia. Essa afirmação kelseniana, repetida e deturpada ao longo do tempo, de que o objeto de estudo do Direito é a norma afastou valorações outras que se possa[deva] fazer: como deve ser o Direito? Como ele deve ser feito? Em Kelsen tais questionamentos são de ordem política e não jurídica. Ocorre que esse afastamento científico, ou depurado, que refuta o sincretismo metodológico, e que desconhece os demais campos do conhecimento humano, inclusive a Psicologia, a Ética, a Filosofia e a Antropologia, acaba prejudicando a compreensão do

---

[76] O termo "transdisciplinariedade" foi cunhado há cerca de quatro décadas, sendo sua autoria usualmente atribuída a Jean Piaget ("I Seminário Internacional sobre pluri e interdisciplinaridade", Universidade de Nice, 1970). Cf. **ANEXO C - Carta da transdisciplinariedade,** produzida pela UNESCO no I Congresso Mundial de Transdisciplinaridade, em 1994. Neste documento, encontramos, no artigo 2º, encontramos uma definição do que seja uma "postura transdisciplinar", vejamos: "O reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes é inerente à atitude transdisciplinar. Qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica não se situa no campo da transdisciplinaridade." No artigo 3º e 4º, encontramos uma tentativa de conceituação de "transdisciplinariedade", a saber: "Artigo 3. A transdisciplinaridade é complementar à aproximação disciplinar: faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre sí; oferece-nos uma visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa"; e "Artigo 4. O ponto de sustentação da transdisciplinaridade reside na unificação semântica e operativa das acepções através e além das disciplinas. Ela pressupõe uma racionalidade aberta por um novo olhar, sobre a relatividade das noções de *definição* e *objetividade*. O formalismo excessivo, a rigidez das definições e o absolutismo da objetividade comportando a exclusão do sujeito levam ao empobrecimento".

[77] NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da transdisciplinariedade**. Tradução de Lucia Pereira Souza. São Paulo: TRIOM, 1999. p. 46-47.

[78] Essa afirmação antecipa constatação que trabalharemos em posterior momento da dissertação. Sobre a temática da influência kelseniana no tocante aos critérios de valoração normativa, conferir: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

próprio fenômeno normativo, uma vez que ele interage em diferentes realidades[79].

Em nome da norma, do legalismo, da pretensa "pureza", a resolução da conflituosidade social e a própria capacidade do Direito em servir de instrumento de emancipação, se afastou da realidade e dos fatos. Paulatinamente, o Direito perdeu seu conteúdo humano, designando antes um conteúdo legalista do que uma forma de expressão social[80].

Analisar o trinômio Sociedade-Direito-Estado única e exclusivamente sob a ótica jurídica, normativa e estatizada, é ignorar outras realidades existentes. O estudo disciplinar, antes do que meramente "didático", mascara uma unidade científica inexistente. É preciso integrar as diferentes concepções, transpor o abismo que a ciência jurídica se impôs. Entendemos que as várias concepções científicas, tais como as anteriormente citadas, não são disciplinas totalmente independentes, isoladas ou estanques. O isolamento científico, entendido como distinção ou setorialização total entre as diferentes disciplinas ou áreas de conhecimento, acaba prejudicando a compreensão efetiva da realidade e dos fenômenos que nela se manifestam. No âmbito do direito processual coletivo, para o qual necessariamente nos voltamos a cada passo firmado nessa pesquisa, o isolamento científico tolhe a efetividade dos direitos envolvidos. Como dissemos anteriormente, defendemos a mudança do paradigma processual vigente a partir da contingência metaindividual, para, assim, poder tutelar adequada e efetivamente os direitos coletivos. Antes do que uma ruptura com a teoria geral do processo, defendemos a erição de um novo paradigma processual coletivo que aproveite as construções teóricas e normativas existentes, mas cuja efetivação não seja comprometida pelo horizonte limitado revelado pelo processo civil, ou seja, pela tradicional forma de pensar o direito como sendo "algo" individualizado, patrimonial e ressarcível. A transdisciplinariedade é o método que

---

[79] É preciso fazer uma ressalva: Kelsen não afirma, em nenhum momento de sua obra, que digressões metafísicas, por exemplo, na seara jusfilosófica, sejam desnecessárias. Contudo, ele parte do pressuposto de que tratam-se de especulações de outra ciência, seja ela a Filosofia ou a Ética. Ao Direito, cabe a tarefa de estudar a norma, o fenômeno normativo. Tanto é verdade, que Kelsen inclusive dedicou uma de suas obras à temática da Justiça, a qual, certamente, não seria considerada parte integrante da ciência jurídica. O jurista inicia sua obra "¿Qué es la justicia?" afirmando que "*La justicia es, en primer lugar, una característica posible mas no necesaria del orden social", en seguida, ele percorre inúmeros pensadores, inclusive Jesus Cristo e Plato, para establecer que o concepto de justicia está atrelado à idea de felicidad (ou "bem supremo") e, portanto, é relativa, diferente en cada sujeto que a problematiza. Al final, concluye "En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan solo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mi aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia*". KELSEN, Hans. **Qué és la justicia?** Tradução de Leonor Calvera. Buenos Aires: Elaleph, 2000. p. 5.

[80] Sobre a questão da influência kelseniana na ciência jurídica no tocante aos critérios de valoração normativa, conferir: RAMPIN, Talita Tatiana Dias; COSTA, Yvete Flávio; FREITAS, José Carlos Garcia. Construção expansiva da Norma Hipotética Fundamental. **Diritto & Diritti**, Ragusa, nov. 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30210-constru-o-expansiva-da-norma-hipot-tica-fundamental>. Acesso em: 02 nov. 2010.

conflui para a satisfação dos escopos dos direitos e da tutela coletiva, seja pela sua abertura em conviver com outros métodos de pesquisa, tal como o "pluralista" proposto por Gregório Assagra de Almeida[81], seja pela sua capacidade de melhor apreender o fenômeno que aprecia.

Buscamos, assim, uma abordagem que estimule uma compreensão da realidade articulada com os elementos que passam entre, além e através das disciplinas. É o que propõe Basarab Nicolescu em seu "Manifesto da transdisciplinariedade", ao afirmar que esse método, como o próprio prefixo "trans" indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo "entre" as disciplinas, "através" das diferentes disciplinas e "além" de qualquer disciplina[82].

Para que dimensionemos o Estado democrático de direito de tal modo que sua configuração não se restrinja ao campo de investigação jurídico-normativo, impõe-se uma análise transdisciplinar. O fenômeno normativo é relevante dimensão cultural humana, porém, não é a única realidade possível. (Re)Conhecer somente parte de um fenômeno, tal como o Estado, a Sociedade ou o Direito, leva-nos a uma conclusão errônea sobre a realidade, posto que setorial.

Eduardo Galeano (Montevidéu,Uruguai - 3 de setembro de 1940), em sua obra "*Ser como ello y otros artículos*"[83], utiliza a fábula dos cegos e do elefante para tratar da temática do saber setorializado que, por ser segmentado, deve ser refutado como conhecimento universal, hegemônico, totalizante e, portanto, "verdadeiro". O escritor narra uma suposta fábula que sua avó lhe contara na infância: três cegos estavam ante um elefante e cada um apalpou uma determinada e diferente parte do animal, experiência da qual obtiveram diferentes conclusões; o primeiro, apalpando o rabo, afirmou tratar-se de uma corda; o segundo, apalpando a pata, afirmou tratar-se de uma coluna; o terceiro, tomando o corpo, afirmou tratar-se de uma parede[84]. Através dessa metáfora percebemos que o sujeito, a partir de diferentes enfoques, pode chegar a diferentes conclusões. No âmbito cientifico, essa analogia é sugestiva: um enfoque ou método único proporciona uma visão ou compreensão parcial do objeto cognoscível, pois cada um dos diversos ramos do conhecimento pode proporcionar um tipo de conclusão sobre o mesmo objeto. Além disso, como bem advertiu

---

[81] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

[82] NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinariedade**. Tradução de Lucia Pereira Souza. São Paulo: TRIOM, 1999. p. 46.

[83] GALEANO, Eduardo. **Ser como ello y otros artículos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 12.

[84] Transcrevemos a fábula no original, em espanhol, para conferencia: "*Cuando era niño, mi abuela me contó la fábula de los ciegos y el elefante. Estabn los tres ciegos ante el elefante. Uno de ellos le palpó el rabo u dijo: - Es una cuerda. Otro ciego acarició una pata del elefante y opinó: - Es una columna. Y el tercer ciego apoyó la mano en el cuerpo del elefante y adivinó: - Es una pared. Así estamos: ciegos de nosotros, ciegos del mundo. Desde que nacemos, nos entrenan para no ver más que pedacitos. La cultura dominante, cultura del desvínculo, rompe la historia pasada como rompe la realidad presente; y prohíbe armar el rompecabezas*". GALEANO, Eduardo. **Ser como ello y otros artículos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 12.

David Sánchez Rubio[85], em palestra inaugural do XIX Congresso Nacional organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, realizada no dia 13 de outubro de 2010, na Universidade Federal de Santa Catarina, na cidade de Florianópolis, é preciso contextualizar o objeto de estudo[86], pois o contexto também modifica a observação e as conclusões que podemos ter acerca do objeto.

Imbuídos desse espírito crítico da transdisciplinariedade, trataremos do relacionamento entre Sociedade, Estado e Direito, contextualizando-os na nossa realidade histórica.

1.1.1 Sociedade e Estado

Trabalhamos com a hipótese de que as formas de organizações sociais precedem a sua respectiva estratificação estatal, de modo que "Sociedade" precede o "Estado". Essa premissa, se devidamente justificada, explica o modo pelo qual concebemos a hipótese brasileira como plural, e subsidia a necessidade pungente da democracia permitir a abertura de seus Poderes Constituídos face às contingências sociais, inclusive as coletivas. Explica, também, porque entendemos que a tutela jurisdicional coletiva é condição *sine qua non* da democracia brasileira.

Em uma acepção ampla da palavra, "Sociedade" designa um complexo relacional humano, uma pluralidade de grupos coesos de diferentes modos. Nicola Abbagnano[87] define

---

[85] Cf. RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. (Direito e Sociedade Contemporânea).

[86] O jurista, professor titular de Filosofia do Direito da Universidade de Sevilha, na Espanha, possui como principais áreas de interesse a Teoria Crítica do Direito, os Direitos Humanos e a Filosofia da Libertação, cujo maior expoente é Enrique Dussel. Ao iniciar sua palestra no supracitado evento do CONPEDI, o jurista utilizou-se da fábula dos cegos e do elefante, mas conferindo sua autoria à tradição oriental, segundo a qual seria contada com algumas modificações: "*En un pueblo de la India, cinco viejos sabios y ciegos, discutían sobre lo que era un elefante. Nunca pudieron tocar uno y en sus vidas jamás se encontraron con tan ejemplar animal. Solicitaron a la gente del pueblo que les trajeran uno de verdad. Cuando lo colocaron frente a ellos, cada sabio tocó una parte del cuerpo. Uno toco el rabo y dijo que el elefante era como una cuerda; otro palpó una oreja y comentó que era como un manta; el tercero tocó las costillas y comentó que se parecía a un muro; el cuarto sabio acarició las piernas y creía que eran como una columna; finalmente, el último sabio al tocar la trompa consideró que era como una serpiente".* RUBIO, David Sánchez. Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais....** Florianópolis: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2011.

[87] "**Sociedade** (lat. *Societas;* in. *Society;* fr. *Sociéte;* al. *Gesekkschaft*; it. *Società*). No sentido geral e fundamental: 1º campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação, portanto também: 2ª a totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; 3º um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada." ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosof**ia. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 1080. (grifo do original).

"Sociedade" como campo das relações intersubjetivas, as relações humanas de comunicação, englobando, também, a totalidade dos indivíduos entre os quais as mesmas ocorrem.

Na sociologia, correntes diversificadas procuram preencher a significação desse termo, sendo mais disseminada a vertente organicista (ou teoria orgânica) e a mecanicista (ou teoria mecânica). Segundo Paulo Bonavides[88], esses dois entendimentos sobre "sociedade" são diferenciados: para o primeiro, trata-se do grupo derivado de um acordo de vontades, de membros que buscam, mediante o vínculo associativo, um interesse comum impossível de obter-se pelos esforços isolados dos indivíduos; para o segundo, trata-se do conjunto de relações mediante as quais vários indivíduos vivem e atuam solidariamente em ordem a formar uma entidade nova e superior. Os mecanicistas enxergam a sociedade como sendo um aparato mecânico cujas peças componentes são os sujeitos que, embora existentes em apartado, possuem uma melhor desenvoltura se ordenados de modo engendrado. Sendo "peças", os componentes desse aparato possuem vida autônoma e podem ser dispostos de diferentes maneiras. Para os organicistas, a sociedade é entendida como um "todo" orgânico, cujos membros e instituições desempenham funções, tal como os órgãos o fazem em organismos vivos. Notemos que órgãos não possuem vida extracorpórea ao ser biológico. É dizer: os órgãos só conseguem desempenhar suas funções se inseridos na estrutura maior que lhe dá vida. Além disso, a própria existência e funcionamento desses órgãos acabam sendo interrelacionadas, recíprocas, interdepentendes, uma vez que o bom funcionamento de um órgão depende do outro.

Os países ocidentais, inclusive o Brasil, são herdeiros do legado greco-romano, em diversos aspectos. Dentre eles, destacamos a própria concepção do que seja a sociedade, em sua vertente organicista. Essa concepção de vida em sociedade possui antecedentes remotos, tanto em filósofos socráticos, como em contratualistas liberais. Uma digressão filosófica sobre as bases que sustentam essa vertente auxilia a compreender o desenvolvimento dessas ideias.

Na antiguidade grega clássica, encontramos como expoentes Platão e Aristóteles[89]. Platão (em grego: Πλάτων, trad. Plátōn, "amplo", Atenas, 428-7/347-6 a.C.), filósofo ateniense, cuja jusfilosofia repercute tanto na atual[90] concepção de Justiça como na de

---

[88] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 54-55.

[89] Paulo Bonavides afirma que ambos são os antecedentes da teoria organicista. Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

[90] O ideário dos juristas, assim como o dos ordenamentos ocidentais em geral, possui certos contornos comuns que, conforme se verá adiante, permite que afirmemos viger uma teoria hegemônica do direito, teoria esta que identifica direito com norma, adota como método a lógica-formal e insere-se num contexto político de liberalismo. Estes traços comuns, constatáveis na maioria dos sistemas jurídicos, tecem paradigmas de árdua ruptura, os quais acabam interferindo de maneira incisiva quanto à efetivação dos direitos fundamentais, mormente se considerarmos como corte histórico o século XVIII e a eminência da era da modernidade.

Direito[91], é um dos principais influentes do pensamento ocidental. Sua teoria do conhecimento[92], lastreada no dualismo mundo sensível/inteligível, até hoje repercute no modo pelo qual concebemos muitas de nossas instituições[93].

Platão "constrói" sua teoria com base nas "ideias", considerando estas abstrações ou racionalidades como sendo o princípio lógico (conceito para se trabalhar), ontológico (traz a verdade, é o "ser"), epistemológico (arquétipo para a construção) e causal (criador e motivador) do conhecimento ou "verdade". Essa premissa racional é identificada na "alma" humana e também na estruturação da sociedade. Platão concebe uma tripartição social na República, que é também encontrável em nível humano-individual. Em outras palavras, é dizer que o modo pelo qual a humanidade se organiza em sociedade reflete o modo pelo qual o próprio sujeito é organizado. Não é excessivo afirmar que a "república" está "em nós". A sociedade, nesse sentido, seria uma organização racional da convivência humana tendente ao "bem supremo" que, na visão platônica, era a "justiça". Esta, por sua vez, trata-se de permitir que cada indivíduo, numa cidade (sociedade), faça aquilo que tenha habilidade (exercício das virtudes para o alcance da virtude total: justiça).

---

[91] A noção que temos hoje sobre o que seja o "direito" foi erigida em um plano abstrato, identificando-o com uma "ideia", mais ou menos alcançável, que se projeta sobre a realidade. Esta concepção, independente da perspectiva que adotemos (identificação de direito com lei, norma, justiça, instrumento de emancipação social, técnica, enfim), remonta à Grécia Antiga, mais especificamente a teoria do conhecimento platônica. Por meio desta, foi estruturada uma teoria do direito que é fundamentalmente teórica, idealizada, calcada em especulações meramente abstratas e, portanto, desligadas da realidade.

[92] A "teoria do conhecimento", em Platão, pode ser bem explicitada através da alegoria ou mito da Caverna, metáfora com a qual o filósofo didaticamente revela sua concepção dos níveis de cognição humana. Referia alegoria está inserida no Livro II de "A República", e pode ser sintetizada da seguinte forma: imaginemos uma comunidade de homens que por gerações cresça e se desenvolva dentro de uma caverna; imaginemos que estas pessoas estejam atreladas a grilhões fortemente forjados e que jamais puderam tornar suas faces para a entrada da caverna e, assim, observar o mundo externo e toda a sua magnitude; referida comunidade não tomaria conhecimento, ao menos através dos sentidos, da existência de plantas, da luminosidade solar, da vida animal, enfim. Seria uma comunidade desconhecedora de outra realidade que não o reflexo de toda a vida que pulsa somente no exterior da caverna, e cujas sombras são meramente projetadas sobre as paredes da mesma. Agora imaginemos mais: imaginemos que um membro desta comunidade se liberte e, tornando sua fronte para a saída da caverna, tome contato com toda aquela realidade maravilhosa que até então lhe era desconhecida. Imaginemos o encantamento deste homem ao se deparar, pela primeira vez, com os seres da natureza, com o calor dos raios solares, com o frescor das águas... O quê ele conheceria? E quanto poderia ele ensinar?
Através do uso de uma metáfora (caverna) o filósofo insere questionamentos políticos e filosóficos fecundos, e que até os dias atuais são estudados. O movimento de libertação do homem aos grilhões que o aprisionam pode ser interpretada como aquele movimento análogo ao do filósofo que supera o senso comum, que rompe com o saber tradicional, dogmático, impositivo. A narração do contato do homem com o mundo externo reflete o momento em que o mesmo toma conhecimento ou contempla a verdade. O movimento de retorno à caverna para a difusão da novidade aprendida simula a postura do filósofo, que cultiva o conhecimento e difunde o saber filosófico. Esta mesma alegoria comporta ainda inúmeras outras interpretações: a do fenômeno político, a da revelação religiosa ou divina, a do movimento cognitivo-dialético (ascendente). O que de modo claro se retira da lição platônica é a existência dual humana, que convive entre dois mundos: o sensorial (físico, material) e o inteligível (das idéias, metafísico, abstrato), sendo que, para Platão, a verdade, a essência das coisas ou o conhecimento estaria num plano metafísico, abstrato, passível de ser acessada somente através do intelecto (tese inatista).

[93] Retomaremos a temática da influência grega na atualidade quando formos tratar dos paradigmas vigentes no Direito, com especial atenção para os filósofos Platão e Aristóteles.

Peculiar é a ideia de justiça platônica[94]. No livro V de "A República" encontramos um indício de sua teorização[95]. Platão desloca a discussão subjetiva e individualizada da Justiça (típica dos sofistas) para focá-la numa ordem metafísica e universal. Nesse movimento, traz a discussão para a pólis ou república. Para ele, a Justiça emana da cidade para os indivíduos e destes para a cidade, num movimento circular virtuoso. Dois seriam, então, os "objetos" passíveis de valoração do "justo" e do "injusto": a pólis (Rep., livro II, 367e7ss) e a alma humana (Rep., IV, 434d2ss). Tanto uma como outra são tripartidas, refletindo, cada parte, uma virtude: sabedoria, coragem e temperança. Na alma, essa tripartição representa, respectivamente, a parte logística, a irascível e a apetitiva. Compreendendo a Sociedade como um corpo, encontraríamos a mesma divisão, respectivamente, nas funções exercidas pelos governantes, pelos guerreiros e pelos trabalhadores[96]. Importante ressaltar o momento histórico ou político no qual Platão esteve inserido, bem como Aristóteles, em um momento posterior.

Na Antiguidade Clássica ocorre um duplo deslocamento no mundo grego: um geográfico-político (com a mudança do eixo populacional da Ásia Menor para a Bacia do Mediterrâneo e superação da ordenação social aristocrática para a democracia) e outro intelectual (caracterizado pela transição do pensamento mítico para o filosófico e inserção de uma postura crítica do Homem perante a Natureza). No âmbito jurídico-social também constatamos importantes alterações no modo de vida e de organização grega. Em 594 a.C o rei Sólon realiza uma verdadeira reforma na Grécia, ao instituir leis válidas para todos e desfazer o poderio das famílias aristocráticas. Em 510 a.C Clístenes institui a *polis* como espaço cívico, institui o conselho dos 500 cidadãos, dentre outras medidas, tudo no sentido de enaltecer a isonomia e a isegoria. Nota-se, assim, que a democracia ateniense já nasce com particularidades que não podem ser olvidadas: o conceito amplo de cidadão, que embora longe do que seria o ideal nos termos correntes já apresentava uma abertura à participação

---

[94] Dentre as contribuições platônicas, encontramos: elaboração de um método próprio (na forma de diálogos com características próprias: uso de metáforas, dialética ascendente, divisão do diálogo; racionalismo; busca pela *idéia* das coisas); dualismo (sensação-não confiável/essência-confiável); perquirição da temática da Justiça e da ética cívica (respeito às leis; atuação do Estado no ensino); maximização metafísica (abandona padrões de mensuração humanos); e hedonismo (busca pelo supremo bem) calcado na ideia de justiça (império da lei e da ordem).

[95] No texto, Platão coloca Sócrates como narrador-protagonista que interpela seus opositores no tocante ao conceito de justiça (Céfalo afirma que justiça é "não ludibriar ninguém, nem mentir, nem dever qualquer coisa"; Polemarco afirma que "justiça é auxiliar os amigos e prejudicar os inimigos"- posição subjetiva, relativa; Trasímoco afirma que "justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte"-posição que refuta o universal).

[96] Uma crítica imediata que se pode fazer dessa concepção tripartida da sociedade é a sua estratificação em classes. Portanto, em Platão, a sociedade é um organismo vivo, e cada um de seus órgãos está naturalmente destinado a desempenhar uma determinada função. A justiça residiria em permitir e estimular que cada uma dessas "partes" do "todo" exerça sua função precípua.

popular, pois rompia com os critérios de linhagem e censitários e estabelecia como cidadão todo Homem, adulto, livre e natural de Atenas; a instituição de uma democracia participativa, pois centrava-se no princípio da isonomia (igualdade formal) e isegoria (dignidade política do cidadão, que conferia ao mesmo a real possibilidade de expor suas idéias e opiniões, vê-las discutidas e consideradas antes de serem tomadas as decisões sobre o destino da *polis*). Estes fatos reforçam a erição de uma nova *areté* (excelência ou virtude): a cívica, tão cara à democracia quanto avessa aos aristocratas. Calcado neste ideal, a virtude do guerreiro bom e belo cede à força do saber e do espírito a serviço do Estado (uma *areté* política, ética, moral).

Nesse mesmo contexto, identificamos Aristóteles (em grego: ριστοτέλης, trad. Aristotélēs; Estagira, 384 - 322 a.C.), que, por sua vez, se detém mais aos aspectos biológicos ou naturais do homem no mundo sensível. Aristóteles conviveu com os ensinamentos de Platão por vinte anos, contudo, sua filosofia não é coincidente com a de seu mestre. Aliás, em boa medida, a filosofia aristotélica se afasta da platônica, sendo esta mais comumente associada à abstração, às análises puramente teóricas ou metafísicas, enquanto àquela mostra-se inclinada à análise fática ou empírica. Exemplo desta discrepância ou afastamento reside nas respectivas concepções sobre a Justiça: em Platão, temos uma Justiça idealizada, teórica; em Aristóteles, temos uma Justiça que corresponde a uma virtude das relações sociais. Os estudos aristotélicos, que perpassam pelas mais diferentes áreas do conhecimento humano, revelam uma concepção do homem enquanto animal social ou político (zoom politikon). Para sua plena realização, o homem[97] tende, naturalmente, a viver em sociedade, a conviver[98], e de um modo específico: o político.

Giorgio Del Vecchio[99] explica a concepção aristotélica do Estado, que inclusive seria a precursora do princípio da separação dos poderes. O jurista, professor da Universidade de Roma, inicia sua análise com a premissa de que o estagirita, assim como Platão e outros filósofos gregos de seu tempo, enxergou na "felicidade" o supremo bem e fruto da virtude. O Estado seria uma forma de organização social necessária, não meramente acordada, para propiciar a própria felicidade do Homem que, sendo um animal político, somente se realiza plenamente nessa forma

---

[97] Observar, contudo, que o conceito de sujeito-cognoscente em Aristóteles é limitado, excludente, já que atrelado á ideia de cidadão (homem, livre, maior, proprietário).

[98] Importante observar as limitações que o pensamento aristotélico, por ser originário de uma formação social escravista autocentrada se nos apresenta: para o estagirita, o grego é o homem. No mesmo sentido, afirma Enrique Dussel: "[...] não o é o bárbaro europeu porque lhe falta habilidade, como também não o é o asiático, porque lhe falta força e caráter; também não são homens os escravos; as mulheres o são às meias e a criança o é em potência. Homem é varão livre da *polis* da Hélade". DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola : Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 11.

[99] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra, Portugal: Armenio Amado, 1979. p. 44 et seq. (Stvdivm, 58-59).

de convivência. Essa felicidade é explicada por Giovanni Reale e Dario Antiseri[100] da seguinte maneira: o bem do indivíduo é da mesma natureza que o bem da Cidade, ou polis, ou Sociedade; contudo, o bem da Cidade seria "mais belo e mais divino" porque se amplia da dimensão do privado para a dimensão do social, para a qual o homem grego era particularmente sensível, porquanto concebia o indivíduo em função da Cidade e não o contrário.

O intuito de uma vida estatal não seria, portanto, utilitária, no sentido de servir para se alcançar um determinado fim, mas, sim, uma "comunhão necessária ao serviço da perfeição da vida"[101]. O homem seria levado à vida política devido à sua natureza, e haveria uma perfeita simbiose entre ele e a sociedade. É "animal político" não somente porque vive em sociedade, mas porque somente vive em sociedade politicamente organizada. "Assim como não é possível conceber uma mão viva separada do corpo, assim também, não se pode conceber o indivíduo sem o Estado" e "o Estado, logicamente, prima aos indivíduos, tal como o organismo prima as suas partes"[102]. Trata-se, portanto, de uma visão organicista da sociedade e do Estado[103].

As construções teóricas de Aristóteles avançam sobre as formas do Estado, conforme o modo de exercício do poder. Este poder, soberano, pode ser exercido por um, por poucos ou pela maior parte dos homens, e o governo exercido pode externar a vontade e interesse do bem comum ou então atender única e exclusivamente os interesses daquele que o exerce[104]. A partir dessas considerações, seria possível identificar três formas de governo "reto" (monarquia, aristocracia e *politía*) e outras três formas "corruptas" (tirania, oligarquia e democracia). O estagirita identifica a "democracia" como um momento "demagógico", no qual o ato de governar é relapso e o bem comum preterido pelo desleixo com que é tratado. Um governo ideal prima pelo bom senso, e coloca-se como meio-termo entre uma forma reta e outra corrupta.

Essa premissa de que o homem é naturalmente um ser não gregário, que necessita interagir com o outro, estabelecendo vínculos relacionais recíprocos, influenciou fortemente alguns dos mais conhecidos contratualistas. Sem pretender ignorar séculos de desenvolvimento teórico, analisemos alguns desdobramentos dessa premissa aristotélica, na vertente política contratualista[105], cujos expoentes são Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

---

[100] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1990. v. 1.

[101] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Armenio Amado, 1979. (Stvdivm, 58-59). p. 45.

[102] Ibid., p. 45.

[103] Esta visão aristotélica sobre o Estado reflete no modo pelo qual o mesmo concebe o Direito: "O Estado regula a vida dos cidadãos mediante leis. Estas dominam inteiramente a vida, porque os indivíduos não pertencem a si mesmos, mas ao Estado". Ibid., p. 45. (grifo do autor).

[104] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1990. v. 1.

[105] Relembramos que o escopo do trabalho é analisar o Estado Democrático de Direito brasileiro, contudo, para subsidiar arcabouço teórico das críticas que faremos oportunamente, cumpre analisar a gênese do Estado. Preferimos pecar pela brevidade do quê pelo laconismo.

O contratualismo surge, na Europa do século XVI, como movimento teórico de explicação ou justificação da legitimidade dos governos, ou seja, como fonte de fundamentação para legitimar as relações políticas estabelecidas entre os detentores do poder soberano e os seus respectivos súditos ou governados. O ponto de estrangulamento dessas teorias é a celebração, por sujeitos em determinado momento histórico, de uma espécie de contrato social, no qual abdicariam parcela de sua liberdade e de seus direitos, em prol ou a favor de um terceiro sujeito, um ente superior e abstrato, a fim de gozar das vantagens da vida ordenada em sociedade. A natureza jurídica desse acordo seria, então, contratual, cujas cláusulas são discutidas e ratificadas por todos aqueles que deliberadamente decidam integrar o corpo social. Um reflexo imediato desse contrato ou acordo ou pacto social é o reconhecimento de uma autoridade e de um conjunto de regras que determina os caminhos que o regime político deverá traçar.

Thomas Hobbes (Westport,1588 - Hardwick Hall, 1679), em sua obra "Leviatã, ou a Matéria, a Forma e o Poder de um Estado Eclesiástico Civil" (1651), explanou os seus pontos de vista sobre a natureza humana e sua respectiva necessidade de organizar-se em sociedades e governos[106]. O Estado seria resultado de um pacto social travado entre os membros de uma determinada sociedade, os quais abdicavam parcela de sua própria vontade ou poder de agir em nome daquele terceiro sujeito, fictício, mas nem por isso menos real[107]. Jean-Jacques Chevallier[108] sintetiza o pensamento hobbesiano como sendo aquele que apregoa o desenvolvimento dos homens naturais ao ente artificial: Estado-Leviatã. Hobbes entende o homem natural ou "em estado de natureza" como sendo uma vivência caótica, de "guerra de todos contra todos" (Bellum omnia omnes). Sem a organização social, cada homem faz tudo aquilo o que lhe prouver. Rezaria, então, a regra do mais forte, e, tendo todos direito a tudo, o conflito seria inevitável, já que as próprias coisas são escassas. Irremediavelmente, haveria uma litigiosidade entre os sujeitos, cada qual buscando as coisas desejadas e que, no entanto, pertencem ao outro. O contrato social surgiria como diagnóstico para findar esse estágio animalesco e beligerante. Através do contrato ou pacto social, os sujeitos teriam então criado um terceiro ente, mais forte e presente: o Estado (Leviatã). Somente ele possuiria força bastante para impor o término da guerra de todos contra todos, e o "poder" seria condição *sine qua non* para essa paz.

---

[106] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os pensadores).

[107] De fato, ainda hoje, percebemos o quanto essa ficção retratada por Hobbes é atual. O conceito de "Estado" passou, desde o pensamento hobbesiano, a ser identificado como um ente fictício (porque imaginário), artificial (porque criado pelo Homem), abstrato (porquanto não existente no mundo concreto) e superior (porque concentra em si poderes inalcansáveis pelos homens, isoladamente). Adiantamos nossas críticas: será ele também fundamental? Será também esse "monstro" a única manifestação de Estado possível?

[108] CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias.** 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 68.

Nesse sentido, Hobbes diverge da teoria aristotélica de que o homem é naturalmente sociável, naturalmente cidadão. Ele concorda que a natureza humana, tendente ao desenvolvimento e à sobrevivência, o compele a agregação de forças, mas discorda da fundamentalidade da vida em sociedade. Será a sociedade política um fato inevitável, natural? "Estupidez, responde Hobbes: a natureza não colocou no homem o instinto de sociabilidade; o homem só busca companheiros por interesse, por necessidade; a sociedade política é o fruto artificial de um pacto voluntário, de um cálculo interesseiro" [109]. Em sua concepção, a estratégia pela melhor sobrevivência humana seria então agregar forças, seja fortalecendo uma assembléia de homens, que por uma pluralidade de votos poderiam reduzir suas vontades a uma só, seja fortalecendo um só homem, que, eleito, represente a vontade geral, com força coercitiva apta a fazer valer sua decisão. Notamos, pois, a transferência de poder dos sujeitos para o Estado.

Essa vertente hobbesiana do contratualismo é mecanicista[110], pois entende o homem natural como um mecanismo, uma parte de um todo que possui existência fora do "organismo total". Contudo, para que ocorra o melhor desempenho desse mecanismo, para que ele desempenhe a contento sua função, é possível (re)organizá-lo de diferentes modos.

> No princípio de tudo está o movimento. O homem é um mecanismo. Do movimento nasce a sensação. Apetite ou desejo, aversão ou ódio, trata-se de um 'pequeno começo de movimento', ou *esforço* em direção a alguma coisa ou para longe de alguma coisa. O objeto do apetite ou do desejo é o bem. O objeto da aversão e do ódio é o mal. Nada existe de bom ou de mau em si: estes adjetivos só têm sentido relativamente àquele que os emprega. O prazer é a sensação do bem. O desprazer, a sensação do mal. [...]
> O homem se distingue dos outros animais pela *razão*, que é apenas um cálculo (adição e subtração de conseqüências); pela curiosidade ou 'desejo de conhecer o porquê e como'; pela religião que provém, não só desse desejo de conhecer as causas (portanto a causa das causas, a 'primeira e eterna causa... Deus'), mas também da ansiedade do futuro e do temor do invisível.[111]

O contrato seria então resultado da razão, e não do instinto natural-universal humano.

John Locke (Wringtown, 29 de agosto de 1632; Harlow, 28 de outubro de 1704) é o segundo teórico contratualista que iremos analisar. Seus principais interesses foram a

---

[109] CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias.** 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 71.

[110] Sobre o mecanismo hobbesiano: "Hobbes universaliza o mecanicismo. Para ele 'toda mudança se liga a um movimento de corpos modificados, isto é, de partes do agente e do paciente'. O espaço é a primeira das noções fundamentais de sua filosofia. Para ele,espaço é 'o fantasma de uma coisa que existe enquanto existe, isto é, enquanto não se considere nela nenhum acidente a não ser aquele de aparecer fora daquele que a imagina. Existir e existir no espaço, é ser corpo em movimento". MONTEIRO, João Paulo. Apud HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os pensadores). p. 11.

[111] CHEVALLIER, Ibid., p. 69. (grifo do autor).

gnosiologia, da qual resultou a publicação de "Ensaio sobre o intelecto humano", em 1690, e a política, da qual resultou dois tratados sobre o governo, sendo mais pertinente ao nosso estudo o "Segundo tratado sobre o governo civil", de 1690, no qual Locke constrói uma teoria política de sociedade civil baseada no direito natural e no contrato social.

Em Locke, percebemos o "assalto contra o absolutismo"[112], posicionamento diametralmente oposto ao perfilhado por Hobbes. No tocante ao entendimento do que venha a configurar o "estado de natureza", os filósofos também defendem teses contrapostas. Para Hobbes, como foi dito, este estado inicial da vida humana seria caracterizado por uma constante beligerância. Locke, por sua vez, entende o "estado de natureza" como sendo um momento de liberdade[113], regido por uma lei natural que obriga a cada um: os sujeitos nascem livres na exata medida de sua racionalidade. Essa constatação, do Homem no estado de natureza, repercute no modo pelo qual a sociedade e o Estado irão se organizar. É dizer: suas premissas repercutem na natureza do contrato social, e, principalmente, no liberalismo. O filósofo parte do pressuposto que os homens não têm leis e princípios práticos inatos[114].

Carlos Estevan Martins e João Paulo Monteiro, analisando o pensamento de Locke, explicam que os homens, além de iguais uns em relação aos outros, seriam independentes e governados pela razão. "O estado natural seria a condição na qual o poder executivo da lei da natureza permanece exclusivamente nas mãos dos indivíduos, sem se tornar comunal. Todos os homens participariam dessa sociedade singular que é a humanidade, ligando-se pelo liame comum da razão"[115]. Para promover e preservar a paz, os homens estariam destinados a evitar ferir os direitos dos outros, inclusive a propriedade, vista em Locke como direito natural e anterior à sociedade civil. Ocorre que essa vivência em liberdade e igualdade, no estado natural, expõe os homens a certos inconvenientes.

---

[112] CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias.** 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 69.

[113] Sobre o conceito de "liberdade" em Locke, encontramos: "Todas as nossas ações que compreendem alguma ideia podem reduzir-se, como foi dito, a estas duas: pensamento e movimento, mover ou não mover, segundo a preferência ou direção de sua própria mente, contanto que o homem seja *livre*. Em qualquer caso em que a execução ou abstenção não se iguale no poder do homem, em qualquer caso em que a ação de fazer ou não fazer não é igualmente, *decorrente* da preferência e comandada por sua mente: tanto num caso como no outro o homem não é livre, embora, talvez, a ação seja voluntária. Deste modo, a ideia de *liberdade* consiste na ideia do poder em certo agente para fazer ou deixar de fazer qualquer ação particular, segundo a determinação ou pensamento da mente, por meio do qual uma coisa é preferida a outra; se nenhuma das ações depende do poder do agente para ser produzida segundo sua vontade, ele não tem liberdade, sendo sujeito à *necessidade* [...]". LOCKE, John. **Ensaio sobre o intelecto humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 116-117. (Os Pensadores). (grifo do autor).

[114] Ibid., p. 37-54.

[115] Ibid., p. 15.

> O principal seria a possível inclinação no sentido de beneficiar-se a si próprio ou a seus amigos. Como conseqüência, o gozo da propriedade e a conservação da liberdade e da igualdade ficariam seriamente prejudicados
> Justamente para evitar a concretização dessas ameaças, o homem teria abandonado o estado natural e criado a sociedade política, através de um contrato não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres. O pacto social não criaria nenhum direito novo, que viesse a ser acrescentado aos direitos naturais. O pacto seria apenas um acordo entre indivíduos, reunidos para empregar sua força coletiva na execução das leis naturais, renunciando a executá-las pelas mãos de cada um. Seu objetivo seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade, bem como reprimir as violações desses direitos naturais.[116]

Ao contrário de Hobbes, Locke cogita uma avença contratual na qual os sujeitos não se despojam de seus direitos naturais em favor de um sujeito superior, o Estado-Leviatã, monárquico-absolutista, pessoal e egoísta. Ao contrário, indica bases para um governo civil, de fundamento constitucional[117]. Nesse Estado, as leis, com posterior aplicação pelos magistrados, seriam a argamassa que manteria a coesão e harmonia da estrutura estatal convencionada. E é justamente esta característica, qual seja, a do consentimento, da convenção, da pactuação com liberdade, que consiste no fundamento da legitimidade da sociedade política. Jean-Jacques Chevallier explica que Locke parte do estado de natureza e do contrato original, tal como Hobbes, dando-lhe, contudo, nova versão, que lhe permite limitar, terrena e humanamente, o poder[118].

Jean-Jacques Rousseau (Genebra, 28 de Junho de 1712; Ermenonville, 2 de Julho de 1778), cronologicamente, é posterior à Hobbes e Locke. Nossa análise se restringe à obra "Do Contrato Social", publicada em 1762, mais especificamente, ao capítulo VI, "Do Pacto Social".

Rousseau inicia sua teorização com uma suposição, indicando que sua explicação é hipotética e não necessariamente um fato. Sua hipótese é a de que em um determinado momento, no qual os obstáculos opostos à conservação do estado de natureza da vida humana seriam tamanhos que, isoladas, as forças dos sujeitos não bastariam para fazer frente aos infortúnios, "[...] esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano, se não mudasse de modo de vida,

---

[116] LOCKE, John. **Ensaio sobre o intelecto humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores). p. 16.

[117] Essa teorização de Locke muito tem a ver com o contexto histórico inglês: Guilherme de Orange é chamado pela maioria do povo inglês e pela própria Igreja oficial a participar do processo de abdicação do rei Jaime II. Guilherme age pela liberdade, religião protestante e parlamento, limitação esta que lhe é imposta pelo povo, inclusive com condições (Bill of Rights, 1688). Trata-se do início de uma monarquia constitucional, submetida à soberania popular.

[118] "[...] os direitos naturais, longe de constituírem o objeto de uma renúncia total pelo contrato original, longe de desaparecerem, varridos pela soberania do estado de sociedade, ao contrário, subsistem. E subsistem para fundar, precisamente, a liberdade". CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias.** 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 108.

pereceria" [119]. Seria justamente essa necessidade de mudança de vida, associada à incapacidade humana de engendrar novas forças, que levaria os sujeitos a "unir e orientar as já existentes", não havendo alternativas senão formar, "por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto" [120]. A forma identificada por Rousseau seria, então, o contrato social[121].

> As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito, de modo que, embora talvez jamais enunciadas de maneira formal, são as mesmas em toda a parte, e tacitamente mantidas e reconhecidas em todos os lugares, até quando, violando-se o pacto social, cada um volta a seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela.
> Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo condição igual para todos, ninguém se interessa em torná-la onerosa para os demais.

O desafio rousseauniano é justificar o primado humano e da lei, achando uma forma de governo que coloque a expressão direta da vontade geral (lei) acima do homem (súdito particularizado). Notamos que a abdicação ocorre a favor da sociedade e da própria proteção dos direitos "naturais". O Estado nasceria para preservação desses direitos, e o pacto social, despido de tudo aquilo que não lhe pertença em essência, pode ser reduzido nos seguintes termos: "Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte in divisível do todo"[122].

Em Rousseau, o contrato social, caracterizado como acordo livre de compromisso entre os homens, faz do sujeito um ser de natureza renovada: sua liberdade passa a corresponder à satisfação da vontade geral, sua igualdade adquire o qualificativo "moral" para ser legítimo. Defende que "Só a lei, *expressão da vontade geral*, é capaz, pela sua generalidade precisamente, pela sua impessoalidade e inflexibilidade, de suavizar a maioria dos males inerentes ao homem pelo fato de depender dos homens. Graças à lei [...] pode a dependência dos homens 'voltar a ser das coisas'"[123]. Sendo a cláusula fundamental do

---

[119] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1. (Os pensadores). p. 69.
[120] Ibid., loc. cit.
[121] Ibid, p. 69-70. "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece".
[122] Ibid., p. 71.
[123] CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias.** 8 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001. p. 168.

contrato a mesma para todos os homens, o pacto substitui uma possível desigualdade entre os homens por uma igualdade moral e legítima, tornando-se todos iguais por convenção e direito.

Para demonstrar que a tríade Hobbes-Locke-Rousseau não esgota a vertente contratualista, indicaremos um neocontratualista muito estudado: John Rawls (Baltimore, 21 de Fevereiro de 1921; Lexington, 24 de Novembro de 2002).

Rawls foi professor na Universidade de Harvard e autor de "*A theory of justice*", publicada em 1971 pela *Harvard and Oxford Universities Presses*[124]. Sua teoria da justiça, permeada que é do conceito ou noção de equidade, possui matriz contratualista, ao refletir as noções do justo e do injusto nas instituições[125]. Em Rawls, a temática da justiça não perpassa na esfera ética individual. Trata-se, antes, de estudar o que é de interesse comum a todas as partes que configuram o pacto social. Segundo Eduardo C. B. Bittar[126], pretende-se disseminar a ideia de que "a justiça das instituições é que beneficia/prejudica a comunidade que a elas se encontra vinculada. Uma sociedade organizada é definida exatamente em função da organização de suas instituições, sabendo-se que estas podem ou não realizar os anseios de justiça" dos destinatários a que se dirigem.

A justiça como equidade seria a primeira virtude que as instituições sociais deveriam apresentar. A própria aderência das partes contratantes ocorreria pelo critério da justiça, que se encontra traduzida nas estruturas institucionais da sociedade[127].

Pertinente é a análise rawlseniana da situação das partes no momento da celebração do pacto social. Para ele, a posição original é capaz de facultar a simulação das condições ideais de igualdade, para que justamente nesse momento sejam escolhidos os princípios norteadores da própria vida em sociedade. A justiça impregnaria, desde o princípio, a construção e atuação das instituições. Notemos, pois, que assim como Rousseau, Rawls trabalha com uma hipótese, isso é, uma teoria aceita temporariamente como válida e de onde se inicia todo um processo argumentativo. O pacto social não seria, portanto, um fato

---

[124] RAWLS, John. **A theory of justice**. New York: Oxford University, 1999.
[125] BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a Justiça.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 207-228.
[126] Ibid., p. 210.
[127] Reproduzimos o original: "*My aim is to present a conception of justice which generalizes and carries to a higher level of abstraction the familiar theory of the social contract as found, say, in Locke, Rousseau, and Kant. In order to do this we are not to think of the original contract as one to enter a particular society or to set up a particular form of government. Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of the original agreement. They are the principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be entered into and the forms of government that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness*". RAWLS, John. **A theory of justice**. New York: Oxford University, 1999. p. 10.

histórico, mas, sim, uma ideia[128]. E essa ideia traria em si uma posição original na qual as partes encontram-se em situação de igualdade e, assim, podem optar livremente por direitos e deveres. Aliás, em sua teoria, Rawls defende a ideia de que as liberdades são elencáveis apriorísticamente, em uma série delimitada.

Com as teorias que trouxemos à baila, observamos que as explicações ou justificações do momento de criação do Estado a partir do pacto ou contrato social repousam em argumentos e construções teóricas, ou seja, são especulações filosóficas, metafísicas, abstratas e, por essa razão, artificiais, no sentido de serem criações da racionalidade humana, criaturas não naturais. Perante essas teorias, algumas críticas podem ser feitas, talvez a principal delas diga respeito ao caráter histórico da sociedade. As sociedades sofrem mudanças consideráveis no tempo e no espaço. A sociedade de hoje não é a mesma da década passada. Nesse sentido, como conservar incólume no tempo um pacto social?

Para estreitar o campo de nossa análise, evidenciaremos pelo menos o contraste entre as teses mecanicistas e organicistas da sociedade. A tese mecanicista, da qual Hobbes é exemplo, refuta a analogia biológica do homem aplicada ao corpo social, tal como outrora feito por Platão, mostrando que não há a propalada identificação entre o organismo biológico e a Sociedade, já que, nesta, ocorrem fenômenos, tais como a mobilidade social, que não são identificáveis naquele[129]. As críticas do mecanicista Georgio Del Vecchio[130] são ainda mais incisivas, pois indicam que as partes (homem), no organismo (sociedade), não vivem por si mesmas (sem a organização social), sendo inconcebível imaginá-las (vida do homem) fora do ser (Estado) que integram.

É a organização estatal absoluta indispensável? Existe "consenso" no "contrato social"?

Trabalhamos com a hipótese de que há uma existência para além do Estado e que, uma vez que os sujeitos são seres inacabados[131], são projetos em construção[132], o sobredito "consenso" do "contrato social" é cada vez mais escasso, e a legitimação do Estado e do Direito, nesse

---

[128] "Assim, se tivessem que optar por instituições inclinadas a realizar isto ou aquilo, seria este o momento, o *start* de todo o agir social. E acerca do que se deve decidir no momento de iniciação das atividades sociais? O que há que se escolher no momento do pacto inicial não é nada mais nada menos que a estrutura fundamental da sociedade, seus alicerces". BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 212.

[129] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.

[130] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra, Portugal: Armenio Amado Editor, 1979. p. 346. (Coleção Stvdivm, 58-59).

[131] Invocando João Guimarães Rosa, entoamos com o personsagem "Riobaldo": "O senhor... Mire e veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. É o que a vida me ensinou. [...]". ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas.** 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1980. p. 20 e 21.

[132] "Pro-jeto é o que está lançado à frente. Antecipa o passo, a solução, o existir. Define rumos, mobiliza energias, explicita potencialidades. Programa a sequencia do vir-a-ser. Pro-jeto não é simples concepção mental. Fundamentalmente, pro-jeto é a própria existência humana. 'É o modo de ser pelo qual o homem é suas possibilidades', diz Heidegger. O homem não somente faz projetos, mas é projeto na essência de seu existir. É o projeto antropológico". ARDUINI, Juvenal. **Destinação antropológica.** São Paulo: Paulinas, 1989. p. 63.

contexto, é construída sobre pilares fictícios que impõe padrões de comportamento pré-concebidos que não se enquadram com a realidade. A construção de ficções corresponde a uma racionalidade exacerbada que dissocia teoria da realidade, o que, no campo do direito e da política, contribui para a adoção de um método (o racional) típico de uma ciência demonstrativa.

Celso Ludwig[133], analisando o paradigma do sujeito e do Direito, observa que o processo de autonomia do sujeito, calcado na Razão, atingiu também o Direito e, de modo reflexo, o Estado. A Razão, tanto no âmbito do conhecimento teórico, como no domínio da moral e da política, passou a constituir o fundamento, ponto de partida e limite de tudo. O contratualismo estaria inserido nesse movimento metodológico racional, que encontra no jusnaturalismo (direito natural) outra expoente. Para Ludwig, o movimento (racionalista) em seu conjunto (nas diversas formas ou campos de investigação: filosofia, direito, ética, moral, política, entre outras) se caracteriza pelo método (reflexão racional) e pelo objetivo comum (conceber princípios de condutas humanas universais). "Este parece ser o fio condutor que une os jusnaturalistas: a crença na ideia de possibilidade de uma verdadeira ciência da moral, nos moldes do método matemático"[134]. O desenvolvimento da filosofia política nos séculos XVII e XVIII coincidiria, então, com o jusnaturalismo:

> Analogicamente à tentativa de construção do método racional demonstrativo da escola do direito natural, a filosofia política do período busca a construção *racional* da *origem* e *fundamento* do Estado, rompendo, assim, com o modelo aristotélico de caráter histórico-social. ao nível da filosofia política, o que une os mais diversos autores, além da adoção do método racional utilizado na teoria geral do direito, é a opção pelo modelo teórico que remonta a Hobbes, e por isso conhecido como *hobbesiano*.
> O modelo referido é constituído com base em dois elementos fundamentais: *o estado de natureza* e o *estado civil*. Os mais diferentes autores (Hobbes, Rousseau, Locke, Spinoza, Puffendorf) entendem que é o *indivíduo* singular que protagoniza o estado de natureza. Indivíduo com direitos e deveres, instintos e interesses, primariamente em relação à natureza e só eventualmente em relação aos outros indivíduos. Esse 'estado de natureza' é para os jusnaturalistas, apenas, uma hipótese racional, sem correspondência real[135].

A passagem do estado de natureza para o estado civil ocorreria por meio do contrato social, cujo princípio de legitimação é justamente o suposto consenso. Notamos a construção e propagação de uma teoria racional do Estado, que encara a sociedade civil como momento no qual os indivíduos estão associados e convivem conforme a razão.

Notemos que essas formulações atendem ao "espírito" de uma época e sujeito bem

---

[133] LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 84-92.
[134] Ibid., p. 85.
[135] Ibid., p. 87-88. (grifo do autor).

delimitado: europeu, branco, proprietário, liberal. Essas constatações iniciais já seriam suficientes para os doutrinadores brasileiros refutarem a importação acrítica das teorias contratualistas européias, haja vista a sua inaptidão em fazer frente às contingências da realidade ameríndia, colonizada, explorada. Firmamos nossa latinidade e invocamos teóricos críticos que perfilham esse entendimento anticolonial para permitir um novo olhar sobre as dimensões do "consenso" na hipótese brasileira e os contornos que sobredito "contrato social" adquirem em nossa realidade.

Frantz Fanon, citado por Joaquín Herrera Flores[136] em sua nota à edição brasileira da obra "Teoria crítica dos direitos humanos", defendeu: "Abandonemos essa Europa que não pára de falar no homem, ao mesmo tempo em que o massacra onde quer que o encontre, em todos os cantos de suas ruas limpas, em todos os cantos do mundo".

A afirmação da racionalidade e do consenso do contrato social mascara a (re)afirmação de um projeto específico de dominação que não merece prosperar, inclusive nos discursos jurídico-científicos. É impossível haver consenso em uma realidade desigual como a brasileira (a despeito da suposta igualdade formal propagada).

Para sustentar nossa tese de que a realidade brasileira é desigual, analisamos alguns dados compilados no Relatório de Desenvolvimento Humano do ano de 2010(RDH 2010), o mais atual até o momento de elaboração do presente estudo, que em edição comemorativa de 20 anos de criação do chamado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), veio a público, no ano de 2010, veicular "A Verdadeira Riqueza das Nações: Vias para o Desenvolvimento Humano"[137]. Também analisamos, em um segundo momento, o Relatório "A Democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos"[138], elaborado a pedido do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) por um conjunto de consultores e assessores e a equipe do Relatório da Democracia na América Latina (PRODDAL).

---

[136] FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan; Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. vii.

[137] PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano:** a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

[138] PNUD. **A democracia na América Latina**: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos. Tradução de Mônica Hirts. Santana do Parnaíba: LM&X, 2004. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

1.1.1.1 Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações

Na década de 90 foi cunhada uma concepção de desenvolvimento que buscou ampliar a margem de análise da realidade. O conceito, até então predominante, entendia que o parâmetro de mensuração do desenvolvimento de um país era o seu respectivo enriquecimento econômico. Assim, quanto maior a economia de uma nação, maior seria o seu nível de desenvolvimento. Contudo, essa percepção se demonstrou, como de fato ainda demonstra, reducionista, ao ignorar (mascarar) que o sucesso econômico de uma nação não significa o desenvolvimento humano de seus cidadãos, haja vista que a renda proveniente dessas atividades pode não estar, como de fato não está, bem distribuída entre os sujeitos. Pode ser, como de fato é, que uma parcela considerável da população não consiga ter acesso aos bens da vida mais triviais, tais como educação e saúde, a despeito do incremento econômico experimentado pelo país e do contexto em que está inserida.

Em 1990, por ocasião da veiculação do primeiro RDH, Mahbub ul Haq (22 de Fevereiro de 1934 - 16 de Julho de 1998), economista paquistanês que idealizou o relatório, nele introjetou um novo conceito de IDH, lastreado em sua teoria do desenvolvimento humano e com a ajuda do economista indiano Amartya Sem (Santiniketan, 3 de novembro de 1933), prêmio nobel de ciências econômicas pelos seus contributos para a teoria da decisão social e do "*welfare state*". Desde então, o IDH formulado tem sido utilizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) no RDH, publicado anualmente. A contribuição inovadora desses economistas foi sustentar a tese de que o desenvolvimento de um país está essencialmente ligado às oportunidades que ele oferece à sua população de fazer escolhas e exercer sua cidadania. Além da mensuração do rendimento econômico, envolvendo contagem de renda per capita e de produto interno bruto (PIB), Amartya e Mahbub propuseram uma análise ampliativa do homem e sua inserção social, mensurando o acesso do mesmo a outros "direitos" ou "critérios" ou "bens da vida": saúde, educação, segurança, liberdade, habitação, cultura, entre outros. A partir de seus estudos, revolucionários, a teoria social passou a considerar outros indicadores de progresso, que não os econômicos tradicionais, e que guardam estreita relação com a garantia de liberdades aos sujeitos.

Segundo Amartya[139], "desenvolvimento" pode ser visto como um processo de eliminação de privações de liberdades e de ampliação das liberdades substantivas de

[139] SEN, Amartya Kumar. **O desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 108.

diferentes tipos que as pessoas têm razão para valorizar. "Subdesenvolvimento", por sua vez, seria identificado com a ampla privação de liberdade. Em suas palavras:

> O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas — talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da sociedade.[140]

A liberdade é colocada por Amartya como critério central para o processo de desenvolvimento por duas razões: 1ª) razão avaliatória: a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas; 2ª) razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas. Essa percepção e conceito de desenvolvimento aderiram à formulação do IDH, que passou a envolver análise de outras variáveis, que não meramente econômicas.

> Vinte anos depois, o brilho conceptual e a continuada relevância desse paradigma original do desenvolvimento humano são indiscutíveis. É agora quase universalmente aceite que o sucesso de um país ou o bem-estar de um indivíduo não pode ser avaliado somente pelo dinheiro. O rendimento é, obviamente, crucial: sem recursos, qualquer progresso é difícil. Contudo, devemos também avaliar se as pessoas conseguem ter vidas longas e saudáveis, se têm oportunidades para receber educação e se são livres de utilizarem os seus conhecimentos e talentos para moldarem os seus próprios destinos.[141]

---

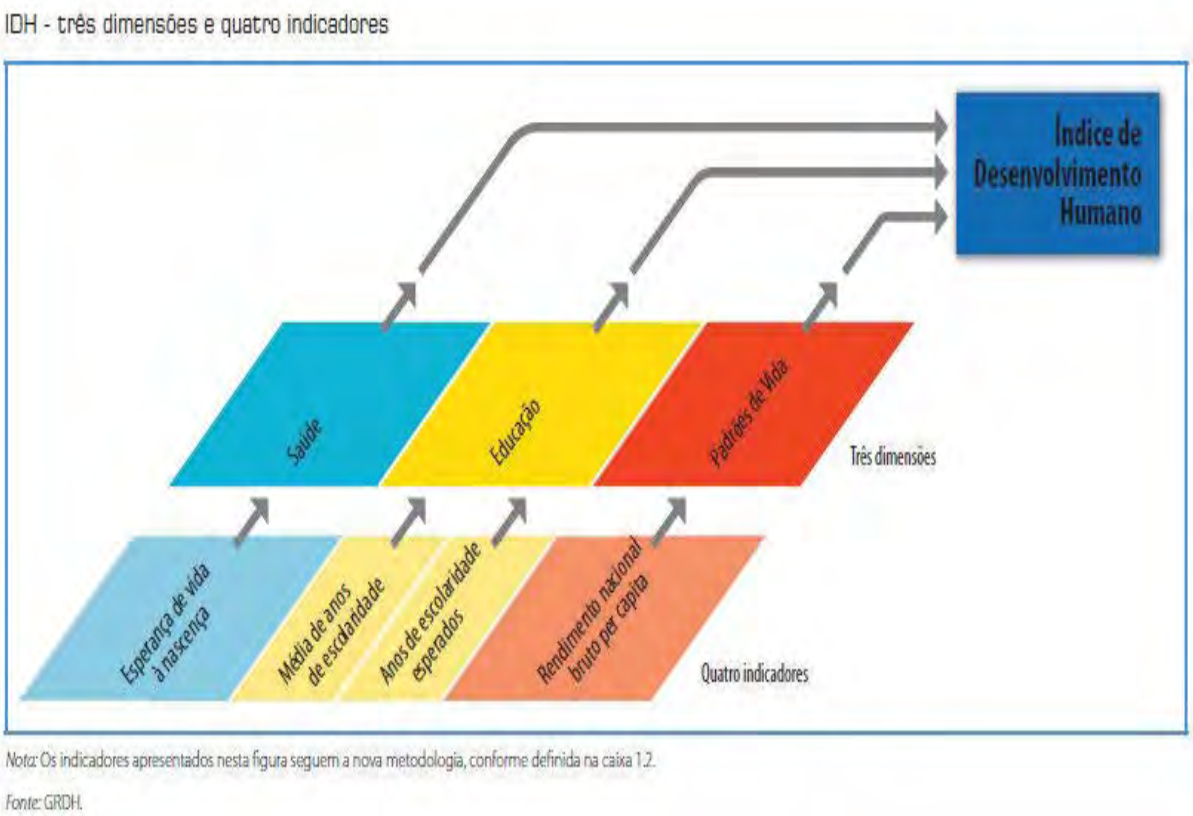
[140] SEN, Amartya Kumar. **O desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

[141] PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano**: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. p. 4. Disponível em: <http://hdr.undp. org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

Sob inspiração do seu idealizador Mahbub ul Haq, o RDH conta, desde 1990, o IDH com três dimensões de análise (saúde; educação; padrões de vida) e quatro indicadores (esperança de vida à nascença; média de anos de escolaridade e anos de escolaridade esperados; rendimento nacional bruto per capita). Atentos para o fato de que essas dimensões de análise não encerram em si as possibilidades de mensuração do desenvolvimento humano, o RDH 2010 traz novas medidas (participação política, bens materiais e coesão social), com linhas empíricas (privação, nível médio, vulnerabilidade e desigualdade), apontando para a consideração de medidas multidimensionais de desigualdade e pobreza: o IDH ajustado à desigualdade (IDHAD); o índice de desigualdade de gênero (IDG); e o índice de pobreza multidimensional (IPM).

Colacionamos tabelas extraídas do RDH 2010 para evidenciar os medidores tradicionais de mensuração do IDH (saúde; educação; padrões de vida) e as novas medidas multidimensionais.

Quadro 1 – Componentes do índice de desenvolvimento humano



Fonte: PNUD. **Relatório de desenvolvimento humano 2010:** a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. p. 13. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai0 2011.

Quadro 2 – Medição do desenvolvimento humano

Em direcção a um novo quadro de desenvolvimento humano

	Componentes do Desenvolvimento Humano				
Medida empírica	Saúde	Educação	Bens materiais	Política	Social
Nível médio	Índice de Desenvolvimento Humano			Indicadores de capacitação	
Privação	Índice de Pobreza Multidimensional				
Vulnerabilidade	Indicadores de sustentabilidade ambiental, segurança humana, bem-estar, trabalho digno				
Desigualdade	IDH Ajustado à Desigualdade				
	Índice de Desigualdade de Género				

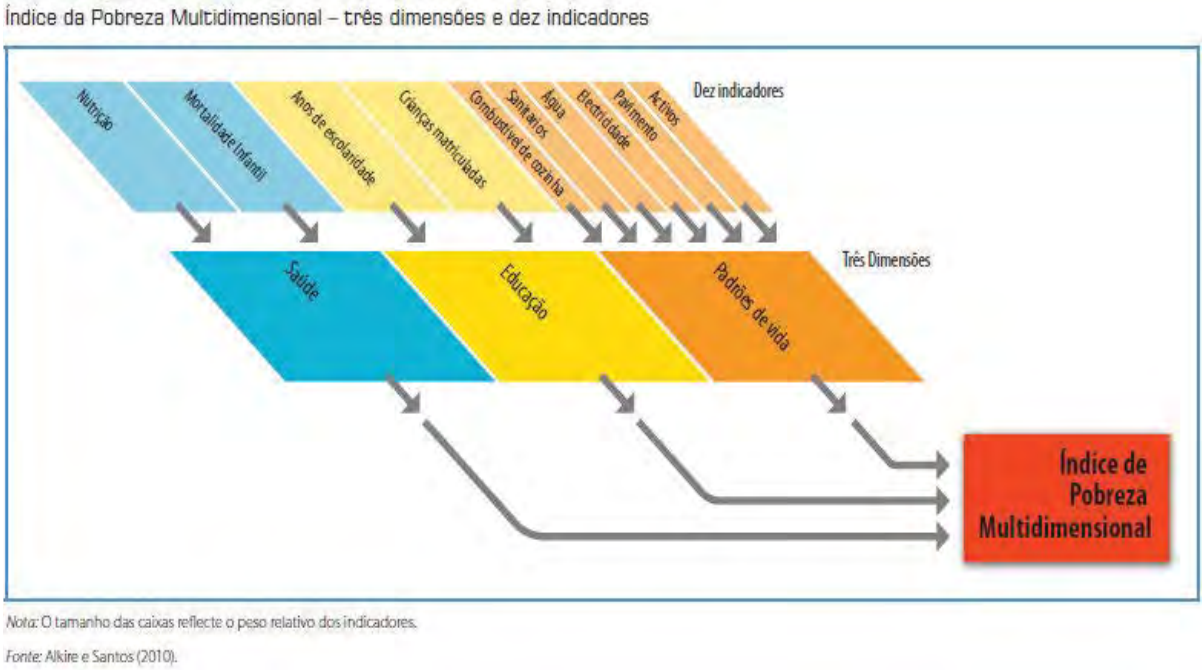
Fonte: GRDH com base em Pritchett (2010).

Fonte: PNUD. **Relatório de desenvolvimento humano 2010:** a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 maio 2011. p. 13.

A recepção desses novos medidores (IDHAD, IDG e IPM) traz alterações fulcrais no IDH, porque passam a ser confrontados com o IDH e, consequentemente, possuem o condão de alterá-lo numericamente, para menor, indicando que o nível de desenvolvimento humano no país é mais baixo do que aquele que o IDH tradicional aponta.

Segundo o RDH 2010, o IDHAD capta as perdas no desenvolvimento humano devido às desigualdades na saúde, na educação e no rendimento, o IDG revela disparidades de gênero na saúde reprodutiva, na capacitação e na participação no mercado de trabalho, e o IPM identifica as privações sobrepostas que as famílias sofrem na saúde, na educação e nos padrões de vida. Estima-se que um terço da população de 104 países em desenvolvimento – dentre os quais está o Brasil – vivam em pobreza multidimensional. Para melhor visualização do que constitui o IPM, o RDH traz a seguinte tabela:

Quadro 3 – Componentes do índice de pobreza multidimensional



Fonte: PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano**: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. p. 100. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 maio 2011.

O Brasil ocupa o 73º lugar no ranking de IDH, sendo considerado um país de elevado IDH (0,699). Contudo, quando este IDH é confrontado com o IDHAD, o IDG e o IPM, ocorre uma perda percentual considerável, evidenciando, em nível estatístico, a existência de desigualdades sociais. Um olhar atento em torno de nós mesmos, de nossa realidade, bastaria para percebermos o quão desigual é o nosso país, mas essa percepção foge ao universo "científico", motivo pelo qual trazemos análise de dados estatísticos.

Quadro 4 – Índice de desenvolvimento humano ajustado à desigualdade

Posição no IDH	Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)	IDH ajustado à desigualdade			Índice de esperança de vida à nascença ajustada à desigualdade		Índice de educação ajustado à desigualdade		Índice de rendimento ajustado à desigualdade		Coeficiente de Gini de rendimento
	Valor	Valor	Perda global	Alteração na posição	Valor	Perda (%)	Valor	Perda (%)	Valor	Perda (%)	
	2010	2010	2010	2010	2010	2010	2010	2010	2010	2010	2000-2010
73 Brasil	0,699	0,509	27,2	-15	0,698	16,6	0,470	25,7	0,401	37,6	55,0

Fonte: PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano**: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. p. 160-161. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 maio 2011.

Confrontado com o IDHAD, o IDH brasileiro cai para 0,509, o equivalente a quinze posições no ranking de desenvolvimento humano mundial, perdendo aproximadamente 27,2%.

Quadro 5 – Índice de desigualdade de gênero

Posição no IDH	Índice de Desigualdade de Gênero		Taxa de mortalidade materna	Taxa de fertilidade na adolescência	Lugares no parlamento (%)	População com pelo menos educação secundária (% com 25 anos ou mais)		Taxa de participação na força laboral (%)		Taxa de prevalência de contraceptivos, qualquer método (% de mulheres casadas com 15-69 anos)	Cobertura pré-natal de pelo menos uma visita (%)	Parto assistido por pessoal especializado (%)
	Posição	Valor			Mulheres	Mulheres	Homens	Mulheres	Homens			
73 Brasil	2008	2008	2003-2008	1990-2008	2008	2010	2010	2008	2008	1990-2008	1990-2008	2000-2008
	80	0,631	110	75,6	9,4	48,8	46,3	64,0	85,2	-	98	97

Fonte: PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano**: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. p.164-165. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

Com relação ao IDG, o IDH brasileiro passa de 0,699 para 0,631. Já no tocante ao IPM, este seria 0,039, conforme tabela abaixo.

Quadro 6 – Índice de pobreza multidimensional

Posição no IDH	Índice de Pobreza Multidimensional	POPULAÇÃO EM POBREZA MULTIDIMENSIONAL		População em risco de pobreza multidimensional (%)	POPULAÇÃO COM PELO MENOS UMA PRIVAÇÃO GRAVE EM			POPULAÇÃO ABAIXO DO LIMINAR DA POBREZA DE RENDIMENTO	
		Contagem de pessoas (%)	Intensidade de privação (%)		Educação (%)	Saúde (%)	Padrões de Vida (%)	PPC de 1,25 USD por dia (%)	Limiar de pobreza nacional (%)
73 Brasil	2000-2008	2000-2008	2000-2008	2000-2008	2000-2008	2000-2008	2000-2008	2000-2008	2000-2008
	0,039	8,5	46,0	13,1	20,2	5,2	2,8	5,2	21,5

Fonte: PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano**: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. p. 164-169. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

A confrontação do IDH brasileiro com outros índices (IDHAD, IDG e IPM) revela as desigualdades latentes nesse contexto específico. Com base nas estatísticas do RDH 2010, elaboramos tabela com os indicadores de desenvolvimento humano na América Latina, com o propósito de verificar a situação do Brasil perante o contexto geopolítico em que está inserido.

A análise engloba vinte países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai,

Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Dois apontamentos iniciais devem ser feitos: 1º) nenhum país da América Latina possui IDH muito elevado; 2º) Dos vinte países da latinoamérica, onze possuem IDH "elevado" (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela); sete possuem IDH "médio" (Bolívia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguai, República Dominicana); um possui IDH "baixo" (Haiti); e um não está classificado (Cuba).

Quadro 7 – IDH na América Latina

POSIÇÃO IDH	IDH	Esperança de vida à nascença (anos)	Média de anos de escolaridade	Anos de escolaridade esperados	Rendimento Nacional Bruto per capita	Valor de IDH de não-rendimento
45 CHILE	0,783	78,8	9,7	14,5	13,561	0,840
46 ARGENTINA	0,775	75,7	9,3	15,5	14,603	0,821
52 URUGUAI	0,765	76,7	8,4	15,7	13,808	0,810
54 PANAMÁ	0,755	76,0	9,4	13,5	13,347	0,796
56 MÉXICO	0,750	76,7	8,7	13,4	13,971	0,785
62 COSTA RICA	0,725	79,1	8,3	11,7	10,870	0,768
63 PERU	0,723	73,7	9,6	13,8	8,424	0,788
73 BRASIL	0,699	72,9	7,2	13,8	10,607	0,728
75 VENEZUELA	0,696	74,2	6,2	14,2	11,846	0,716
77 EQUADOR	0,695	75,4	7,6	13,3	7,931	0,749
79 COLÔMBIA	0,689	73,4	7,4	13,3	8,589	0,732
88 REPÚBLICA DOMINICANA	0,663	72,8	6,9	11,9	8,273	0,695
90 EL SALVADOR	0,659	72,10	7,7	12,1	6,498	0,711
95 BOLÍVIA	0,643	66,3	9,2	13,7	4,357	0,724
96 PARAGUAI	0,640	72,3	7,8	12,0	4,585	0,714
106 HONDURAS	0,604	72,6	6,5	11,4	3,750	0,676
115 NICARÁGUA	0,565	73,8	5,7	10,8	2,567	0,652
116 GUATEMALA	0,560	70,8	4,1	10,6	4,694	0,583
145 HAITI	0,404	61,7	4,9	6,8	949	0,493

1.1.1.2 Relatório sobre a democracia na América Latina

O PNUD também veiculou outro importante relatório, voltado para a temática da democracia na América Latina, intitulado "Democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos"[142], projeto este que foi coordenado por Dante Caputo, no ano de 2004. Trata-se de iniciativa que logra contribuir para a compreensão da democracia no contexto latinoamericano, mediante a combinação de indicadores quantitativos, entrevistas, pesquisas e diálogos.

A opção por analisar os resultados parciais desse relatório possui justificativas específicas: 1) trata-se de pesquisa que investiga a democracia no contexto delimitado pela presente dissertação; 2) a pesquisa parte da hipótese de que a democracia é um processo, e não um ato isolado, tese esta que guarda relação estreita com os pressupostos de nossa hipótese de estudo; 3) há parte dedicada ao estudo relacional do triângulo democracia, pobreza e desigualdade, que se mostra pertinente ao nosso estudo sobre o Estado democrático de direito.

> O coração do problema está em que, embora a democracia tenha-se propagado amplamente na América Latina, suas raízes não são profundas. Assim, o Relatório assinala que a proporção de latino-americanas e latino-americanos que estariam dispostos a sacrificar um governo democrático em favor do progresso socioeconômico real é superior a 50%.
> São várias as razões dessa tendência. A mais importante é que a democracia é, pela primeira vez na história da América Latina, a forma de governo predominante. Assim, os governantes são culpados quando as coisas andam mal em matéria de emprego, renda e serviços básicos, que são insuficientes para satisfazer as crescentes expectativas da cidadania.[143]

Os países latinoamericanos possuem características comuns que tornam sua democracia uma hipótese peculiar. Tais características foram reunidas, no relatório, entorno de três vértices temáticos, os quais foram alcunhados de "triângulo latinoamericano". O primeiro dos três vértices remete a difusão da democracia eleitoral na região, porque todos os países que a integram satisfazem os requisitos básicos do regime democrático. O segundo vértice é a pobreza, e embora cada um dos países latinoamericanos possua seu próprio nível de pobreza, o relatório aponta que tais diferenças, quando comparadas com as outras grandes regiões democráticas do mundo, na são suficientes para tecer uma diferenciação entre as

---

[142] PNUD. **A democracia na América Latina**: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos. Tradução de Mônica Hirts. Santana do Parnaíba: LM&X, 2004. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>. Acesso em: 29 maio 2011.

[143] Ibid., p. 13.

nações, já que a região oferece a singularidade de coabitação das liberdades políticas com as severas privações materiais. Em 2002, a região contava com 218 milhões de pessoas com renda abaixo do nível da pobreza. O terceiro vértice é a desigualdade, tema que inseriu a análise estatística ora empreendida. O relatório aponta que as sociedades latinoamericanas são as mais desiguais do mundo, seja em profundidade, seja em permanência.

A partir da tabela abaixo colacionada, extraída do relatório, constatamos que dentro do mesmo continente americano a realidade latinoamericana se mostra dispare da América do Norte. Enquanto na América Latina há um alto percentual de participação eleitoral (62,7%) da população, os níveis de desigualdade (0,552) e pobreza (42,8) são elevados, e o PIB per capita (3792) é baixo. Já nos EUA, as variáveis são inversas: baixa participação eleitoral (43,3%), baixa desigualdade (0,344) e pobreza (11,7), mas alto PIB per capita (36100).

Quadro 8 – Triângulo latino-americano: democracia, pobreza e desigualdade

DEMOCRACIA, POBREZA E DESIGUALDADE

Região	Participação eleitoral (1)	Desigualdade (2)	Pobreza	PIB per capita
América Latina	62,7	0,552 (3)	42,8 (6)	3792 (9)
Europa	73,6	0,290 (4)	15,0 (7)	22600 (10)
EUA	43,3	0,344 (5)	11,7 (8)	36100

Notas:
(1) Votantes com base na população com direito a voto 1990-2002. Ver tabela 8.
(2) Coeficiente de Gini. As cifras mais altas do coeficiente de Gini correspondem a um grau mais alto de desigualdade.
(3) Média simples para a década de 90. Perry et al., 2004, p.57.
(4) Eurostat PCM-BDU, dezembro de 2002.
(5) Fontes: OCDE 2002, Social Indicators and Tables.
(6) Média ponderada por população dos dados de pobreza entre 1998-2002, CEPAL, 2004.
(7) Eurostat PCM-BDU, dezembro de 2002.
(8) Fonte: US Census Bureau 2001, Poverty in the United States 2002.
(9) Elaboração própria com base nos dados da CEPAL, 2004 (em dólares constantes).
(10)Europa ocidental (EU15) e EUA, PIB per capita 2002. Fonte: OCDE (em dólares correntes)

Fonte: PNUD. **A democracia na América Latina**: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos. Tradução de Mônica Hirts. Santana do Parnaíba: LM&X, 2004. p. 39. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

Na América Latina a existências de estruturas eletivas democráticas não conseguiu superar o plano da existência meramente formal e atingir de modo decisivo a realidade. Coexistem estruturas democráticas, tais como o sufrágio universal, o regime político representativo e a positivação de direitos fundamentais, contudo, sua eficácia é limitada.

Júlio Cotler, analisando "A democracia e a promessa dos direitos cidadãos"[144], explica que apesar da instauração do regime democrático, não foi possível modifica a natureza e o funcionamento do Estado nos países latinoamericanos, devido a existência de fatores internos e externos que obstaculizaram o cumprimento dos direitos cidadãos. Frustradas, as expectativas então depositadas pela população – sujeita historicamente a condições de pobreza e exclusão - nas representações políticas e nas instituições públicas perdem sua tônica democrática.

Desigual, principalmente, devido a fatores de ordem econômica, porém não exclusivamente por essa natureza de variável. Os dados e relatórios colacionados fundamentam, pois, nossa afirmação de que o Brasil constitui uma realidade socialmente desigual. Nosso segundo movimento converge essa constatação como lastro para nossa tese de que inexiste consenso em uma sociedade assim caracterizada, bem como, de que a sustentação da natureza racional do contrato e seu respectivo e suposto consenso mascaram um projeto específico de dominação e aviltamento social que não merece prosperar.

1.1.2 Uma existência para além do estado

A tese de que o homem se desenvolve mais e melhor em sociedade é aceita pela antropologia cultural como hipótese possível, porém, não condicionante. Os antropólogos justificam essa propensão de vida em sociedade à uma necessidade de sobrevivência e adaptação do homem, e não à razões de ordem divina, imperiosa, maior ou superior à própria existência humana. Estudos antropológicos apontam que o desenvolvimento humano, para compensar sua limitação física e biológica no meio natural, foi estimulado em nível cerebral, e não fisiológico. É dizer: o homem se desenvolve pelo cérebro, haja vista a potência intelectual que possui. O homem é apto, inclusive, a superar suas limitações físicas pelo uso de seu intelecto, que lhe permite, racionalmente, adaptar a natureza às suas necessidades, enquanto o restante dos animais devem se adaptar ás contingências naturais se pretenderem sobreviver. Sendo os benefícios oriundos do exercício cerebral maiores do os físicos[145], esta foi a via estimulada.

---

[144] PNUD. **Relatório de desenvolvimento humano:** a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

[145] Notamos, por exemplo, que o Homem não é rápido como um guepardo, não é forte como um elefante, nem engenhoso como uma formiga ou resistente como uma barata. Tão pouco consegue se reproduzir como uma mosca, ou se locomover de modo preciso como um gavião. Aliás, uma vez lançado à natureza, o homem moderno, urbano, "civilizado", terá, no mínimo, dificuldades de sobreviver ao meio sozinho, sem as comodidades tecnológicas.

Ralph Linton (Filadélfia, 27 fevereiro 1893; New Haven, 24 dezembro 1953), analisando o "*background*" da cultura humana[146], explica que o predomínio humano na atualidade se deve, em parte, ao seu equipamento mental superior, mas, principalmente, às ideias, hábitos e técnicas que lhes foram transmitidos pelos seus ancestrais. O antropólogo chega a afirmar que ao homem moderno não é necessário sequer inteligência criativa, bastando-lhe, para sobreviver, ser capaz de apreender as soluções pré-existentes. É que boa parte de nossos desafios de sobrevivência, tais como frio, calor, chuva, produção de alimentos, abrigo, entre outros, já foram enfrentados por nossos antepassados e suas soluções encontram-se já satisfeitas ou, no mínimo, em avançado nível tecnológico de solucionamento (p.ex., já foram inventados tecidos e os meios de o produzirem para fabricar roupas para contornar o frio). Nesse sentido, conclui que o diferencial humano, frente aos demais animais, é o elevado nível de complexidade com que conseguiu desenvolver seus reflexos condicionados. O antropólogo explica que o comportamento total do indivíduo humano é composto por dois tipos de reflexos: os incondicionados, que independem de interferência humana externa para serem desenvolvidos; e os condicionados, que, como o próprio nome indica, carecem de interferência externa. Àqueles podem ser identificados como os reflexos instintivos que temos (p.ex., fome, sede, frio) e que existem a despeito de alguém ensinar o que sejam. Quanto aos condicionados, estes somente se desenvolvem se estimulados, se ensinados. Ralph Linton chama a atenção para o fato de que o ser humano possui dois diferenciais na aprendizagem[147]: ele aprende pela cultura, ou seja, pela transmissão de informações de uma geração para outra; e nele a aprendizagem eleva-se em nível abstrato, sendo possível racionalizar as informações.

Estas considerações, se por um lado pecam pela brevidade, por outro revelam-se necessárias para fundamentar a seguinte hipótese de trabalho: o homem existe a despeito da sociedade, e esta, embora represente uma forma complexa de convivência, não é a única realidade possível. É o que ensina a Antropologia e que o Direito deve considerar.

A antropologia pode ser considerada como exposição sistemática que se tem dos conhecimentos acerca do homem[148]. Podemos afirmar que ela se destina a investigar o

---

[146] LINTON, Ralph. **O homem**: uma introdução à antropologia. 5. ed. São Paulo: Martins, 1965. p. 90-101.

[147] Os animais podem aprender por meio de experiência própria ou direta (aquelas que os próprios sujeitos vivenciam) e por meio da experiência alheia ou indireta (aquelas que outros sujeitos vivenciam). Uma nota característica humana é que sua aprendizagem indireta ocorre via observação, que é comum à outros animais irracionais, e via assimilação pela cultura, que ocorre somente no homem através dos livros, da fala, dos instrumentos, enfim.

[148] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosof**ia. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 74-75.

homem de um modo totalizante e em suas diversas formas de manifestação. Uma dessas dimensões humanas é justamente a normativa, que pode ou não ser estatizada, e que é objeto de uma análise antropológica do Direito[149]. Esta forma de análise contribui para o enfoque por nós pretendido: o transdisciplinar.

José Manuel de Sacadura Rocha afirma que a Antropologia do Direito, paulatinamente inserida nas grades curriculares dos cursos de Direito brasileiro, constitui uma disciplina propedêutica capaz de desenvolver um censo ou denúncia crítica necessária na ciência jurídica. Através dessa gama de estudos, é possível demonstrar o dogmatismo jurídico e "promover a desconstrução de um saber que se especializou tanto a ponto de impossibilitar um olhar, e sentir, mais *zetético* e abrangente com relação ao homem em si mesmo e à proliferação polimorfa de estratégias distintas de sobrevivência"[150], tais como as existentes nas sociedades industriais modernas. Nesse sentido, a Antropologia constitui ferramenta desmistificadora e desalienadora, e permite uma simbiose entre os diferentes modos de refletir humano.

Esse "outro olhar" é crucial nas ciências jurídicas, ao passo que é menos tecnológica, menos mecânica, menos especializada e, principalmente, mais valorativa e humana. Através de seus diversos questionamentos possíveis, a Antropologia resgata o estudo de outras dimensões humanas, não meramente legalistas, patrimoniais e estatizadas, e estuda o homem como ser total e diversificado.

---

[149] "O objetivo da antropologia como disciplina, agora introduzida mais amiúde nos cursos de Direito, e em vias de se afirmar como essencial entre as disciplinas propedêuticas, é demonstrar o dogmatismo existente na assim chamada Ciência Jurídica e, portanto, promover a desconstrução de um saber que se especializou tanto a ponto de impossibilitar um olhar, e sentir, mais zetético e abrangente com relação ao homem em si mesmo e à proliferação polimorfa de estratégias distintas de sobrevivência, estratégias essas tão complexas quanto as nossas, as das sociedades industriais modernas. Ao estudar outras formas do existir humano, individual e coletivo, a Antropologia é poderoso instrumento de desmistificação e desalienação, possibilitando a compreensão, a um tempo, mais teleológica e relacional, capaz de refletir sobre as formas petrificadas do saber humano, e construir em seu lugar um olhar e pensar que aponta mais para a plasticidade da condição do homem, em sua simbiose com tudo o que o rodeia, da natureza a seu semelhante". ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica:** para uma filosofia antropológica do direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1-2.

[150] Ibid., p. 1.

> Existem questões fundamentais ao saber jurídico que a Antropologia empresta contribuição enorme em suas respostas. Entre outras: a) é fundamental à sobrevivência humana, coletivamente tomada, a existência de leis elaboradas a partir de uma lógica formal jurídica?; b) **é imprescindível, para a vida social do homem, a existência de um poder terceiro, e maior, como o Estado?;** c) o que é exatamente "poder" na sociedade humana, qual sua origem e qual sua utilidade, e pode-se falar de um sentido único e universal para tal relação?; d) a regulação e a emancipação são elementos de normatividade e desobediência existentes em todas as sociedades humanas e se verificam, como fenômenos, de forma idêntica?; e) quais os tipos de instituições de controle social e que formas estas assumem nas sociedades humanas em seu papel normativo e punitivo?; f) qual a relação entre formas de julgar e punir e a efetiva e eficiente administração pública das condutas indesejáveis?; g) como a condição humana sente e estabelece suas variadas estratégias de sobrevivência a partir da dicotomia entre público e privado, inclusive no caso brasileiro?; h) qual o papel da magia e da religião nas possibilidades da dominação e exploração da natureza – quando esta parece sufocar e revoltar-se contra nós -, e dos homens – quando as formas de banalização da vida humana parecem ter chegado a formas extremas de brutalidade e "criatividade"?; i) para que servem as formas especializadas do saber, incluído o saber profissional do julgar e punir?; j) afinal, existem outras possibilidades de se compreender o fenômeno humano normativo, regulador e, a partir desta compreensão, buscar formas mais humanas no estado da arte do Direito?; k) afinal, qual o verdadeiro papel do Direito na construção do projeto humano em função dos direitos inalienáveis da condição humana – na fuga da violência e desumanização?[151]

A antropologia do Direito não refuta o fenômeno normativo, mas questiona a imprescindibilidade do Estado frente ao fenômeno social. É dizer: Sociedade e Estado são termos distintos, assim como o é o Direito. É possível ver florescer o Direito numa comunidade que desconheça o fenômeno estatal. É possível, também, haver sociedade a despeito de seu engessamento e forma estatal. Exemplos vivos dessas assertivas são as comunidades menos complexas[152] que persistem (resistem) nos dias atuais[153]. Expressões vivas do pluralismo jurídico, que demonstram que outra realidade normativa é possível

---

[151] ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica:** para uma filosofia antropológica do Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 2-3. (grifo nosso)

[152] Entendemos, com José Manuel de Sacadura Rocha, que "Antropologia Jurídica" é a observação participante e a comparação entre as modernas instituições do direito do Estado moderno, enquanto "Antropologia do Direito" é o estudo da ordem social, das regras e das sanções nas sociedades "simples": "direito primitivo, não especializado, não diferenciado, não estatizado". O termo "sociedades menos complexas" é utilizado pelo antropólogo para designar aqueles povos isolados ou afastados, e por vezes negados, da cultura ocidental, não só os complexos e diferenciados, mas inclusive aqueles mais rudimentares, simples ou primários. Alguns teóricos utilizam o vocábulo "sociedades primitivas", termo que refutamos pela carga pejorativa de "subdesenvolvimento, incapacidade, selvageria" que o mesmo denota. Ibid., p. 17.

[153] São exemplos de sociedades menos complexas, e talvez mais completas, dependendo da ótica de desenvolvimento que o observador adotar: as tribos aborígenes australianas, as tribos africanas, as sociedades de esquimós, as tribos indigenistas brasileiras, assim como as comunidades quilombolas e as tradicionais. Notemos que essas realidades humanas e culturais evidenciam o pluralismo jurídico no Estado Democrático de Direito brasileiro, no qual se inserem, também, os movimentos sociais de resistência em Canudos, no Contestado, no Cangaço, nas Ligas camponesas, nas comunidades tradicionais, no Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), entre outros.

(necessária).

Gladstone Leonel da Silva Júnior[154], analisando a experiência das comunidades tradicionais faxinalenses, apresenta exemplo do fato do pluralismo brasileiro. Segundo ele, quando tratamos de comunidades tradicionais[155], situamo-nos em perspectiva diferenciada, via de regra desconhecida e não reconhecida, numa realidade que é comumente mantida na invisibilidade social. Através de uma perspectiva não excludente, a tutela coletiva pode "reconhecer" essa diversidade étnica dentro de um mesmo território, como é o caso do Brasil, podendo, inclusive, permitir sua afirmação enquanto realidade e proteção de sua cultura. Trata-se de reconhecimento de "novos direitos". Nas palavras do pesquisador:

> A adjetivação colocada entre aspas, no que tange aos "novos" sujeitos é feito de forma provocativa, apesar de existir uma razão para isso. Pois, na realidade concreta estes povos constituem-se como formadores do povo brasileiro, antes mesmo de uma concepção formal de Estado se fazer presente. No caso dos faxinalenses, de acordo com passagens já apresentadas, os faxinais seguramente remontam suas práticas há mais de 300 anos de história. A razão de serem considerados "novos" está justamente relacionada à busca do direito, diante dos seus atuais paradigmas, em inserir estes sujeitos como literais adquirentes de direitos próprios e fundamentais[156].

Este "reconhecimento" de uma forma de organização de vida diferente daquela "prevista" pelo Estado, só é possível a partir de uma ótica transdisciplinar. Nesse sentido, o recurso à antropologia é essencial.

As análises antropológicas demandam, ao mesmo tempo, um olhar mais humano e tolerante da realidade. Esse olhar é fundamental para uma existência cooperativa[157], que respeite toda a diversidade cultural, étnica, racial, religiosa, política, sexual, dentre outras. Em se tratando da tutela coletiva na hipótese brasileira, esse olhar é indispensável por permitir o afloramento e reconhecimento de novos direitos e interesses coletivos que possam emanar da realidade. Direitos coletivos são históricos, dinâmicos, não exaustivos. Para conseguir

---

[154] SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel. **A luta por direitos étnicos e coletivos frente à expansão do agronegócio**: a experiência das comunidades tradicionais faxinalenses. 2010. 185 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, São Paulo, 2010.

[155] Sobre o conceito de comunidades tradicionais, Juliana Santilli esclarece constituir "[...] não apenas as comunidades indígenas, como também outras populações que vivem em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sócio-cultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental: são as comunidades extrativistas, de pescadores, remanescentes de quilombos, etc." SANTILLI, Juliana. **A biodiversidade e as comunidades tradicionais**. Disponível em: <http://homologa.ambiente.sp. gov.br/EA/adm/admarqs/JulianaS.3.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2010.

[156] SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel. Ibid., p. 78.

[157] Dialogando com o nosso objeto de estudo, percebemos que essas constatações são válidas à tutela coletiva, mormente quando cogitamos uma era processual cooperativa, na qual o processo é redimensionado como espaço democrático de reconhecimento de novos direitos e os partícipes de seu processamento adquirem contornos de colaboração pelo e no processo.

reconhecê-los é necessário se desprender de uma visão legalista e dogmática, sob pena de distanciar a teoria da prática[158]. Só é possível "ver", "vendo". Sem permitir o afloramento desses direitos, impossível reconhecê-los[159].

Afirmamos que a atual ideia e organização de Estado desenvolveu-se a partir do contratualismo, marcadamente influenciado pela interpretação organicista da sociedade. Ocorre que essa vertente foi influenciada pelo evolucionismo biológico, acentuadamente desenvolvido a partir dos estudos de Charles Darwin, no século XIX. Com a publicação de seus estudos, "A Origem das Espécies" (1859) e "A descendência do homem" (1871), Darwin principia a sistematização da "teoria da evolução das espécies" (teoria evolucionista), que repercute em diversos ramos do saber humano, dentre eles, a antropologia (inaugurando a Escola evolucionista antropológica), a sociologia (darwinismo ou determinismo social) e o direito (nesse ramo em específico, notamos uma disseminação da tese evolucionista no âmbito criminal, quando do estudo do sujeito criminoso).

A antropologia, no limiar do século XIX, assim como outras ciências, privilegiou o darwinismo social. A partir de uma linha evolutiva imaginária, cujo referencial é o econômico e tecnológico, notamos o desenvolvimento de critérios classificatórios de "níveis de desenvolvimento". Aquele que atinge o mais alto índice ou nível de desenvolvimento, graduado segundo critérios pré-estabelecidos, "é". Quão mais baixo for o índice ou nível de desenvolvimento, menos se "é". Nesse momento fazemos uma análise latino-america que muito interessa à hipótese brasileira: havia vida humana na América Latina antes da era do "descobrimento", do expansionismo europeu, da colonização latino-americana pela cultura eurocêntrica, que insiste em afirmar-se enquanto totalidade ainda nos dias de hoje.

As tribos indígenas existentes no território que hoje constitui a República Federativa do Brasil outrora ocupavam livremente esse espaço geográfico a despeito de haver um Estado criado. Quando os colonizadores europeus "descobriram" o continente, tão pouco havia uma estrutura social já edificada nos moldes que os colonizadores conheciam. Diante o diferente, o

---

[158] Sobre o distanciamento entre a teoria e a prática, transcrevemos excerto de David Sánchez Rubio: "É típico, tópico e clássico dar-se por consolidada a separação que existe entre o que se diz e o que se faz em matéria de direitos humanos [...] Contudo, poucos são os estudos que partem da premissa de que talvez esta separação entre o dito e o feito, entre o plano do *ser* e do *dever ser* resida em nossa própria maneira de pensar direitos humanos. A verdade é que, para uma cultura interessadamente conformista, indolente, acomodatícia e passiva, convém entender direitos humanos a partir desses dois planos aparentemente tão distintos". RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. (Direito e Sociedade Contemporânea). p. 11. (grifo do autor).

[159] Em David Sánchez Rúbio, encontramos uma crítica contumaz sobre a cultura anestésica dos direitos humanos que se aplica perfeitamente à contingência metaindividual: "Quando falamos de direitos humanos na América Latina, reconhecemos a distância existente entre o discurso que o promove e sua prática. É certa a parábola de Eduardo Galeano quando diz que, nas sociedades latino-americanas, tanta é a distância entre o discurso e a prática que, quando ambos se encontram em uma esquina, passam direto, sem reconhecerem-se". Ibid., p. 26.

"outro", o "descoberto", estabeleceu-se um critério de desenvolvimento calcado numa racionalidade, cientificidade e tecnologia desconhecida, até então, pelos ameríndios: avançados seriam, então, os europeus, que dominam as técnicas de navegação, que possuem aprimoradas formas de dominar a natureza e o homem. A partir de então, cunha-se uma cultura de inferiorização e ridicularização dessas comunidades menos complexas, cuja existência, por ser diferenciada da do homem europeu, colonizador, branco, proprietário, é negada em sua integralidade[160]. Do mesmo modo, toda e qualquer manifestação social que difere daquela que se impõe hegemônica, é submetida como inferior, irracional, bárbara.

Para que possamos realizar um movimento de percepção e sensibilização latinoamericana, é necessário romper com os grilhões ideológicos e epistemológicos que nos une e subjuga ao projeto expansionista liberal norte-americano e europeu. Eduardo Galeano incita que a causa nacional latinoamericana é, sobretudo, uma causa social, e para que a América Latina possa "nascer" novamente, recomeçar, o primeiro passo que deverá trilhar é derrubar seus supostos "donos", país por país. "Se abren tiempos de rebelión y de cambio. Hay quienes creen que el destino descansa en las rodillas de los dioses, pero la verdad es que trabaja, como un desafío candente, sobre las conciencias de los hombres"[161]. Sem fazermos essa afirmação categórica de nossa própria existência, sem buscarmos enxergar nossas próprias mazelas, estaremos endossando um discurso feito por um eixo norte-europeu dominador que instrumentaliza um projeto de exclusão social e negação de direitos humanos, inclusive coletivos. Com razão caracterizar a América Latina como sendo a região "*de las venas abiertas"!* América é, para o mundo, nada mais do que os Estados Unidos. A América do Sul seria, então, uma "sub-américa", uma América de segunda classe, de identificação nebulosa, que desde o descobrimento, até os nossos dias, se converte em capital estrangeiro,

---

[160] O modelo de desenvolvimento assumido pelas nações comumente está associado à ideia de crescimento econômico, de desenvolvimento tecnológico e científico. Contudo, quando falamos de crescimento econômico estamos pautando nossa análise em critério quantitativo, e não qualitativo (Cf. VEIGA, José Eli da. Como pode ser entendido o desenvolvimento. In: **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do Século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 17- 82). Nos primórdios da colonização portuguesa no Brasil, predominou (e ainda predomina) o critério quantitativo, com submissão e supressão da cultura indígena, a qual, por sua vez, foi vista como subcultura, atraso, a despeito da qualidade de vida que os indígenas gozavam antes da invasão portuguesa. A conseqüência disso foi a rotulação dos ameríndios como subdesenvolvidos, pensamento este que ainda persiste nos dias atuais no tocante à visão européia sobre a América Latina. A respeito, transcrevemos as críticas de Eduardo Galeano: "*Para quienes conciben la historia como una competencia, el atraso y la miseria de América Latina no son otra cosa que el resultado de su fracaso. Perdimos; otros ganaran. Pero ocurre que quienes ganaron, ganaran gracias a que nosotros perdimos; la historia del subdesarollo de América Latina integra, como se ha dicho, la historia del desarollo del capitalismo mundial. Nuestra derrota estuvo siempre implícita en la Victoria ajena; nuestra riqueza ha generado siempre nuestra pobreza para alimentar la prosperidad de otros: los imperios y sus caporales nativos [...]".* GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**. 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, Rosgal S/A, 2010. p. 15. (grifo do autor).

[161] Ibid., p. 414.

especialmente, norte-americano e europeu. A denúncia de Galeano[162] é que na latino-américa tudo se acumula como riqueza estrangeira nos centros de poder distantes: a terra, seus frutos, os minerais, os homens e sua capacidade de trabalho e consumo, os bens naturais, os recursos humanos. "*El modo de producción y la estructura de clases de cada lugar han sido sucesivamente determinados, desde fuera, por su incorporación al engranaje universal del capitalismo*". Notemos, pois, que a subjugação da latino-américa atende a um projeto de expansão capitalista nortista (dos Estados Unidos da América e da Europa), submissão essa que também é extensível ao campo teórico, científico, político, jurídico[163].

A formação histórica do Estado latino-americano padece da interferência truculenta do norte colonizador, que suprimiu as formas primárias de manifestação social humana (ameríndios), aniquilou suas respectivas culturas em prol de um projeto colonizador-capitalista. Os relatos históricos da dizimação ameríndia são numerosos, a ponto de afirmarmos em holocausto latino-americano muito antes do holocausto judeu na Europa nazista:

> *Había, sí, oro y plata en grandes cantidades, acumulados en la meseta de México y en el altiplano andino. Hernán Cortés reveló para España, en 1519, la fabulosa magnitud del tesoro azteca de Moctezuma, y quince años después llegó a Sevilla el gigante rescate, un aposento lleno de oro y dos de plata, que Francisco Pizarro hizo pagar al inca Atahualpa antes de estrangularlo. Años antes, con el oro arrancado de las Antillas había pagado la Corona los servicios de los marinos que habían acompañado a Colón en su primer viaje. Finalmente, la población de las islas del Caribe dejó de pagar tributos, porque desapareció: los indígenas fueran completamente exterminados en los lavaderos de oro, en la terrible tarea de revolver las arenas auríferas con el cuerpo a medias sumergido en el agua, o roturando los campos hasta más allá de la extenuación, con la espalda doblada sobre los pesados instrumentos de labranza traídos desde España. Muchos indígenas de la Dominicana se antecipaban al destino impuesto por sus nuevos opresores blancos: mataban a sus hijos y se suicidaban en masa. El cronista oficial Fernández de Oviedo interpretaba así, a mediados del siglo XVI, el holocausto de los antillanos: 'Muchos dellos, por su pasatiempo, se mataron con ponzoña por no trabajar, y otros se ahorcaran por sus manos propias'.*[164]

---

[162] GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina.** 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, Rosgal S/A, 2010. p. 14.

[163] "O problema é que esta opção pela norma, que o ensino jurídico vem fazendo desde o século XIX, uma vez confrontada com as dimensões sócio-históricas do direito, permite constatar que se trata de uma clara opção ideológica pelos valores do capitalismo, fazendo da teoria jurídica uma autêntica ideologia capitalista, tal como pretendemos ter demonstrado anteriormente com a investigação sobre o direito enquanto instância ideológica. Logo, a opção epistemológica pelo paradigma científico da dogmática jurídica é também uma opção política, mas o positivismo cuida imediatamente de escamotear o caráter ideológico dessa opção, ao argumento de que o estudo da norma deve ser neutro, independentemente do conteúdo dela, que no caso das sociedades capitalistas é, naturalmente, um conteúdo burguês". MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2009. p. 71.

[164] Ibid., p. 32-33.

Notamos, pois, que em prol de um projeto político-econômico hegemônico específico, realidades humanas e culturais que não satisfizeram aos anseios expansionistas da totalidade (conceito que trabalharemos adiante) foram suprimidas, sufocadas, aniquiladas. Do mesmo modo, toda e qualquer forma de organização social que emane da realidade, e que se origine de um âmbito não estatal, é sistemicamente negado como existência no Estado e, inclusive, pelo Estado democrático de direito. Da mesma forma, toda manifestação normativa não estatal é preterida e negada, como se realidade não fosse.

Sobre o aparecimento histórico do Estado, Jorge Miranda ensina ser este objeto de estudo interdisciplinar, de Sociologia, de História, de Antropologia, de Ciência política comparada, entre outras ciências ou disciplinas. Contudo, aponta algumas conclusões que em comum podem ser deduzidas de todas essas diferenciadas perspectivas:

> a) Necessidade, em toda a sociedade humana, de um mínimo de organização política;
> b) Necessidade de situar, no tempo e no espaço, o Estado entre as organizações políticas historicamente conhecidas;
> c) Constante transformação das organizações políticas em geral e das formas ou tipos de Estado em particular;
> d) Conexão entre heterogeneidade e complexidade da sociedade e crescente diferenciação política;
> e) Possibilidade de, em qualquer sociedade humana, emergir o Estado, desde que verificados certos pressupostos;
> f) Correspondência entre formas de organização política, formas de civilização e formas jurídicas;
> g) Tradução no âmbito das ideias do Direito e das normas jurídicas do processo de formação de cada Estado concreto.[165]

Antes de problematizar a temática do "Estado" e "Direito", cumpre ressalvar que todos estes questionamentos até aqui externados são preocupações que guiam nosso estudo, no sentido de não reduzir nossa análise a um âmbito normativo-positivado estanque da realidade. Ademais, são especulações que permeiam a temática da democracia e sua inserção no contexto neoliberal. Nesse diapasão, pertinente a crítica levantada pela teoria social, que investiga o papel desempenhado por "ficções", ou seja, construções abstratas imaginárias, inventadas pelo homem, cuja concepção atende a propósitos específicos[166], os mais diversos. Trabalhamos com a hipótese de que tais 'ficções' podem servir à totalidade. Na seara da teoria social, encontramos José Eduardo Campos de Oliveira Faria, que questiona o papel desempenhado pelas ficções "neutralidade do legislador", "imparcialidade da lei", "unidade

---

[165] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 18-19.

[166] Ficção. *Sf.*. 1. Ato ou efeito de fingir. 2. Coisa imaginária; fantasia, criação. 3. *Fig.* Literatura de ficção. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 404.

sistêmica" e "igualdade formal". No âmbito do Direito, estas ficções acabam por contribuir para a manutenção do *status quo* e legitimam o discurso neoliberal.

O contratualismo não foge a esta problematização da teoria social, já que suas tradicionais concepções "[...] têm sido causa ou fundamento de excessivo formalismo, reduzindo a discussão sobre a democracia às transformações no controle das instituições estatais e desprezando as condições sociais de seu exercício."[167] Segundo Faria, o caráter retórico dessas ficções, tais como a do contrato social e a da igualdade formal, vem sendo explorado pela reflexão crítica sobre a democracia liberal, que encampa a tese de que a assunção dessas ficções podem culminar em posições exclusivamente normativas, portanto, "incapazes de perceber que os antagonismos de grupos e classes tornam o fenômeno jurídico uma realidade muito mais complexa do que supõem tanto o positivismo dogmático quanto o jusnaturalismo idealista"[168].

1.1.3 Estado e direito

"Estado", assim como "Direito", é um termo polissêmico[169] e, portanto, passível de diferentes significados. Através da análise comparativa, ora aproximando, ora diferenciando os diversos significados, pretendemos revelar que o Direito não se encerra nas formas de manifestação e imposição estatais.

A temática perpassa a Ontologia do Estado, que é trabalhada por Luis Cabral de Moncada em 1947 em sua obra "Filosofia do Direito e do Estado". Segundo o jusfilósofo conimbricense, quando falamos em "Estado" podemos estar designando três coisas distintas: (a) a própria ideia de

---

[167] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 2.

[168] Ibid., p. 2-3.

[169] Para Juvenal Arduini "O homem demonstra admirável capacidade para apreender o sentido em vários níveis e múltiplas direções. O sentido possui caráter histórico. [...] O homem vive imerso no sentido. O significado é sua atmosfera. O sentido é respiração antropológica. O homem compreende, elabora e comunica sentido. Além de receptor de significados, é sujeito significante. E quando lhe falta o sentido, parece que o mundo se torna indigesto, sem razão de ser, e, por isto, perde o direito a ser. E a conseqüência é a indefinição existencial, o tédio, a apatia, e até a tentação suicida. A busca de sentido leva o homem a questionar. O homem surpreende pela capacidade de responder, e também pela audácia em interrogar. Transforma dúvidas em certezas, e fratura certezas hereditárias para espalhar dúvidas inéditas. É infatigável pesquisador de sentido. As filosofias são movidas pela paixão de desvendar o significado da realidade total. O filósofo é um ser eternamente in-satisfeito, por saber que, no mundo, há sempre discreta concha onde o sentido está escondido. O sentido manifesta-se em situações concretas e dentro de determinado contexto. Os mesmos elementos podem emitir sentidos diferentes de acordo com a perspectiva adotada pelo homem. [...]". ARDUINI, Juvenal. **Destinação antropológica**. São Paulo: Paulinas, 1989. p. 12-13.

Estado, enquanto conceito geral, obtido *a posteriori*, por abstração ou generalização, a partir da observação dum vasto número de fatos e formas políticas históricas; (b) a própria realidade cultural empírica dos diferentes Estados que o Homem conhece ou tem experiência; e (c) a representação ideal que nós mesmos fazemos dele, para o efeito de saber como colaborar para sua formação e/ou reforma[170]. Seu interesse é estudar o Estado no segundo sentido[171]:

> O Estado é, como o próprio indivíduo humano, um ser complexo e *estratiforme*. Projecta-se em várias camadas, regiões e esferas da realidade. Tem, tal como o direito positivo, por assim dizer, os pés no *mundo sensível*, onde topamos com ele a cada passo; o tronco, no mundo *não-sensível* da cultura e do espírito objectivo; e finalmente a cabeça no *mundo ideal* dos fins e valores do espírito humano. Querer reduzir o Estado exclusivamente à ontologia própria de uma só destas regiões ou camadas do ser ou da realidade, como tantas vezes se tem visto, será sempre um erro grave. O Estado não é nem só ideia, nem só ética, nem só vida, biologia e psicologia humanas, nem só física. Não é ser corpóreo daqueles que o compõem ou que dentro dele detêm o poder e a autoridade. É ao mesmo tempo tudo isso, sem se esgotar em nenhum destes aspectos.

Essa natureza complexa é trabalhada por Georges Bourdeau, que afirma e questiona: "Nunca ninguém viu o Estado. Quem poderia negar, porém, que ele seja uma realidade? O lugar que ele ocupa em nossa vida cotidiana é tamanho que não poderia ser retirado dela sem que, ao mesmo tempo, ficassem comprometidas nossas possibilidades de viver"[172]. Bourdeau trabalha com a hipótese de que existem várias formas de manifestação e organização do poder, o Estado seria apenas uma dessas espécies ou possibilidades. Para o autor, a criação do Estado seria a alternativa encontrada pelo Homem para não ter que obedecer a outros homens.

> Ele não é território, nem população, nem corpo de regras obrigatórias. É verdade que todos esses dados sensíveis não lhe são alheios, mas ele os transcende. Sua existência não pertence à fenomenologia tangível: é da ordem do espírito. O Estado é, no sentido pleno do termo, uma ideia. Não tendo outra realidade além da conceptual, ele só existe porque é pensado. [...] Não é uma construção de espírito destinada a explicar uma realidade preexistente. Ele é, em si, toda a realidade que ele exprime, pois essa realidade reside inteiramente no espírito dos homens que a concebem.[173]

Natural ou contrato, conforme a concepção grega ou contemporânea, o Estado existe enquanto manifestação humana, e o Brasil enquanto país ou sociedade organizada está estruturado na forma estatal. Este é um dado que não podemos ignorar e, enquanto tal, devemos dimensioná-lo.

---

[170] MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do direito e do estado.** 2. ed. Portugal: Coimbra, 1995. p. 164-165.
[171] Ibid., p. 165. (grifo do autor).
[172] BOURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.
[173] Ibid., loc. cit.

O modelo de Estado na atualidade difere daqueles embrionários. Jorge Miranda[174] afirma que a evolução do termo "Estado" reflete a própria evolução dos tipos e conceitos de "sociedade política". A afirmativa repousa numa premissa verossímil: se as formas de organização política variaram no tempo e no espaço, as suas respectivas formas de denominação igualmente variaram. O modo pelo qual cada uma dessas sociedades designou sua forma de organização política variou no tempo e no espaço. Segundo Jorge Miranda[175]:

> Assim, à *polis* grega e à *civitas* ou *res publica* (ou, mais completamente, *Senatus Populusque Romanus*), seguem-se, na Idade Média, a adopção de *regnum*, como entidade política juridicamente construída e diferenciada da pessoa do Rei; *corona* torna-se, mais tarde, sua expressão simbólica; *terra* é locução corrente; e *civitas* (ou *Burg*)não possui sentido político. É só com o aparecimento do moderno Estado europeu que se impõe uma nova denominação.
> Vem a ser na Itália renascentista, com grande variedade de organizações e formas políticas, que se consagra uma designação genérica, neutra e, sobretudo, mais abstracta; o vocábulo Estado (*stato*), certamente proveniente do latim *status* (que equivale a constituição ou ordem e já empregado, de resto, no sentido de condição social desde o século XII). E o primeiro autor que introduz o termo na linguagem doutrinal é Maquiavel em *Il Principe*: "Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens são Estados e são ou repúblicas ou principados".

Se sua origem remonta, ao menos em termos lingüísticos, à Itália renascentista, sua difusão, ao invés de restrita à realidade européia, deu-se em nível mundial, e a palavra foi exportada para diversos países, designando, em cada uma das diversas realidades que concretamente se inseriu, "valor jurídico e simbólico, enquanto exprimem momentos históricos determinados ou determinadas feições de individualizar os Estados, a sua forma ou o seu sistema político, uns em relação aos outros" [176].

Na tentativa de identificar o que é o Estado, e, no bojo da presente pesquisa, o que é o Estado de Direito em sua vertente constitucional democrática, nosso estudo perpassa pela análise dos elementos ônticos que o constituem: "o quê" faz o Direito ser "o que é".

---

[174] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 18-19.
[175] Ibid., p. 19. (grifos do autor).
[176] Ibid., p. 19.

1.1.3.1 O direito como fenômeno decisório vinculado ao poder

A falácia de que o Direito se identifica ou tem origem na lei precisa ser analisada, para que não incorramos no erro de reduzir o fenômeno normativo a um de seus elementos que, embora proeminente na contemporaneidade, não encerra em si ou esgota a pluridimensionalidade do Direito. A lei é parte do fenômeno normativo, porém, não o é em sua totalidade. Neste item, analisaremos esse fenômeno de identificação do Direito à lei como pertencente ao repertório ideológico do Estado e/ou da classe dominante, trabalhando com a hipótese de que a estatização do Direito instrumentaliza a dominação e o exercício do poder sobre os homens, muitas vezes oprimindo-os e subjugando-os. Para tanto, tomaremos por referenciais teóricos Roberto Lyra Filho[177], José Eduardo Campos de Oliveira Faria[178] e Tércio Sampaio Ferraz Junior[179]. O objetivo específico perseguido é contrastar o Direito como superestrutura, que age conformando os sujeitos aos interesses da classe dominante, e abrir perspectivas para sua ressignificação, como instrumento de transformação social, liberdade e emancipação.

Afirmamos anteriormente que os sujeitos são projetos inacabados, que as pessoas não estão sempre iguais. Para José Eduardo de Oliveira Faria[180] é este o motivo pelo qual existem mecanismos que, impondo padrões específicos de organização legal do exercício do poder, permitem o controle social dos comportamentos. Dado uma diversidade de sujeitos, fatos e condutas, ocorre uma tendência a tecer regulações genéricas que os conformem. Ocorre que estes mecanismos, conformadores, não contam com aceitação ou consenso total de seus destinatários, seja pela multiplicidade dos conflitos possíveis, seja pela sua incapacidade de fazer frente à totalidade das contingências sociais. Coexistem interesses antagônicos, de classes e pessoas, os quais dificilmente são plenamente satisfeitos dentro de um mesmo projeto político. Não obstante persistam as contradições e tensões sociais, o sistema político os institucionaliza, regulando-os e decidindo-os normativamente, a fim de possibilitar uma solução, "qualquer que seja ela":

---

[177] LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Primeiros Passos, 62).
[178] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.
[179] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
[180] FARIA, Ibid., p. 7.

> [...] ou seja, por meio de procedimentos específicos, através dos quais os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes de sua ocorrência concreta, ele cria condições para a canalização das divergências entre indivíduos, grupos e classes, de moda a neutralizar os efeitos potencialmente desagregadores de cada clivagem. Graças a esses procedimentos, os diferentes motivos a que alguém possa sentir-se obrigado ou não a aceitar decisões são reduzidas e específicos num limite de alta probabilidade, de tal maneira que os destinatários das obrigações político-jurídicas se vêem na contingência de assumi-los, sem contestá-los ou rejeitá-los ou ainda que lhes sejam desfavoráveis. [181]

A partir dessa perspectiva é possível compreender que, de fato, inexiste consenso na sociedade sobre os bens da vida, sobre a disposição de seus interesses e conflitos. O quê se realiza, por meio do Direito, é a neutralização da possibilidade de segregação do corpo social. Sob a véstice da legitimação "normativa", "jurídica", "positiva", o Estado consegue "decidir" os conflitos e tensões sociais. É o Direito instrumentalizando um projeto específico de dominação: a normativa. E o que é a norma? Dimensão jurídica dos interesses da classe predominante na sociedade. Notamos que o "consenso" obtido reside em outro âmbito, que não o "contratual", apregoado pelos jusnaturalistas. Trata-se, na verdade, da persuasão pela razão. O consenso obtido no Direito reside em sua base racional: é na racionalidade jurídica que reside o consenso.

A estratégia adotada para alcançar sobredito consenso legitimador do Direito, é construir um discurso dogmático sobre a legalidade que a apresente, ao menos em nível retórico-racional, como instância desideologizada, "procurando difundir a ideia de que a lei resulta de uma vontade geral, cujo fim é garantir o bem comum por meio de normas, dogmas e princípios tais como o princípio da isonomia e o da legalidade"[182]. Legaliza-se determinando projeto social hegemônico, e mascara-se um consenso que inexiste na realidade, para, assim, legitimar o discurso e dominação.

> Evidentemente, o Estado por si só não produz a identidade coletiva da sociedade, nem obtém a integração social exclusivamente por meio do ordenamento normativo. No entanto, ao tomar para si a função de neutralizar as tensões, individualizar os conflitos, "desideologizar" as clivagens e impedir a desintegração mediante decisões obrigatórias cristalizadas num amplo conjunto de sanções penais e premiais, vincula-se ao exercício do poder estatal a intenção de conservar as estruturas sócio-econômicas, político-administrativas e culturais em sua identidade normativamente determinada em cada situação concreta e em cada contexto histórico.[183]

---

[181] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 8-9.

[182] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2009. p. 20.

[183] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. 1984. 393 f. Tese (Concurso para Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984. p. 100-111.

Para José Eduardo de Oliveira Faria:

> Eis porque, nas mutações históricas, decorrentes da correlação de forças entre grupos e classes de luta, 'o direito representa aquilo que detém o movimento, que o canaliza e solidifica; na variação das ações humanas, representa a determinação de uma ordem. A tendência dos juristas ao formalismo surge, pois, da natureza mesma e das funções do direito na sociedade'. Não é por acaso, assim, que 'o formalismo segue o direito como a sombra segue o corpo': enquanto instrumento de manutenção de padrões específicos de sociabilidade, portanto, uma ordem legal não apenas requer a conversão de homens concretos na abstração do sujeito de direito, como, igualmente, implica a generalização, abstração e impessoalização das relações sociais para sua transfiguração em relações jurídicas.[184]

Celso Fernandes Campilongo analisa o Direito como mecanismo de seleção e estabilização de expectativas, cujos elementos (tais como, as sanções e os procedimentos) instrumentalizam referido caráter seletivo e funcional. Sua análise, que parte da obra do sociólogo alemão Nickolas Luhman (Lüneburg, 8 de dezembro de 1927 — Oerlinghausen, 6 de novembro de 1998), para da premissa luhmaniana de que o direito promove a "generalização congruente de expectativas normativas"[185]. Em suas palavras:

> Ora, o que fazem os Tribunais? Como atua o sistema jurídico? Por meio de um processo de deslocamento dos problemas (traduzindo e termos de legalidade e ilegalidade as questões que lhe são apresentadas) e através de uma dupla seletividade de suas operações: primeiro, viabilizando escolhas iniciais que absorvam incertezas (para ilustrar: definindo a lei ou formalizando um contrato); depois, viabilizando outras escolhas (por exemplo, verificando se a lei é constitucional ou se o contrato é legal). Para tanto, o sistema jurídico demanda estruturas que definam o grau de complexidade que pode ser compreendido, processado e reduzido no interior do sistema. Estruturas que resistam às variações do ambiente e isolem as desilusões. São essas estruturas que permitem a generalização de expectativas relativas ao direito. O direito, desse prisma, é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de expectativas. Sanções, procedimentos e programas condicionais viabilizam esse caráter seletivo e funcional.[186]

---

[184] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. 1984. 393 f. Tese (Concurso para Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984. p. 100-111.

[185] "[...] 'Generalização' equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. [...] 'Congruente' significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido de generalização). 'Expectativas normativas' são aquelas que resistem aos fatos, não se adaptam às frustrações ou, na linguagem de Luhman, não estão dispostas à aprendizagem. Nem todas as expectativas normativas são positivas, institucionalizadas e formuladas em termos de programas decisionais. Em outras palavras, nem todas as expectativas normativas são jurídicas. Somente aquelas generalizadas de modo congruente – vale dizer, compatibilizadas dentro de certos limites estruturais – gozam da segurança e proeminência das expectativas normativas jurídicas". CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 19-20.

[186] Ibid., p. 21.

Com a inserção do Direito em um projeto político específico de dominação, conforme afirmado, ocorre o deslocamento da "decidibilidade" como questão fulcral no Direito. No Brasil, encontramos em Tércio Sampaio Ferraz Junior um teórico de notório reconhecimento científico na temática. A partir de seus estudos, pudemos compreender a dinâmica e duplicidade do Direito. Para Tércio, o Direito contém, ao mesmo tempo, "as filosofias da obediência e da revolta", referindo-se ao fato de que pode instrumentalizar a aceitação do *status quo* (adoção de uma postura conformista, que se resigna com a conformação da sociedade para a manutenção das coisas como elas "estão") como, também, a indignação ou rebelião (adoção de uma postura que propugna pela "transformação social", segundo terminologia mais precisa de Faria[187] e Machado[188]). Em suas palavras:

> O *direito*, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas.[189]

A dogmática do Direito, na atualidade, apresenta contornos peculiares, de cunho positivista, que se ocupa incessantemente pelo ideal da "completude", onde a preocupação é encontrar as condições de aplicação do Direito, e não em sua construção. É o Direito visto como um dado, fatalista, de domínio originário e absoluto do Estado – fonte originária de toda a normatividade. O "jurista", nesse sentido, aparece como sujeito-teórico-retórico do Direito, sedento pela ordenação dos fenômenos, das abstrações, das classificações, as quais instrumentalizam um subsunção binária – do que "é" ou "não é" direito – a partir de um "sistema jurídico" pretensamente "completo". Referida "completude" restringe seu significado à sua possibilidade de conferir ideais propagados: segurança, pacificação e legalidade. "É por isso que o direito gradativamente se transforma numa verdadeira técnica de invenção", dirá Faria[190].

---

[187] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. 1984. 393 f. Tese (Concurso para Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984.

[188] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** São Paulo: Atlas, 2009.

[189] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 31-32. (grifo do autor).

[190] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 7.

Confrontamo-nos, nesse momento, com três problematizações cruciais para a erição de nossa tese: sistema político, sistema jurídico e a questão da decidibilidade como critério de valoração normativa. Sem pretender esvair o conteúdo dessas temáticas, tão complexas, iremos abordá-las sinteticamente para situar "de onde" posicionamos nossa percepção do Direito[191].

Partilhamos da hipótese exposta por Antônio Alberto Machado[192] de que o direito é uma instância ideológica e, nesse sentido, funciona como esquema de legalização de interesses e valores da classe dirigente. Percebemos que na sociedade ocorre uma interação de forças recíprocas, que se estruturam em forma de "classes". Referidas "classes", que podem ou não apresentar os mesmos interesses, interagem segundo sua força. Da contraposição destas forças, ocorre a proeminência daquela classe de força maior ou mais incisiva. Em uma sociedade capitalista, tal como a brasileira, essa contraposição de forças está vinculada às relações de produção econômica, de modo que classe proprietária dos meios de produção, por ser economicamente mais forte, reflete seus interesses na ideologia jurídica, como modo de reproduzir e assegurar o fenômeno da apropriação e de perpetrar sua hegemonia, que se estende para além da economia, atingindo a cultura, a educação, entre outros. Assim, percebemos que as estruturas jurídico-legais são produto da correlação de forças que interagem na sociedade, pois refletem os objetivos propostos pela classe mais forte, "vencedora", portanto, dominante.

> O direito é um fenômeno ideológico. Os teóricos são mais ou menos unânimes no afirmar que a ideia de direito, a metodologia empregada para o seu conhecimento, as variadas possibilidades de seu uso e, principalmente, os objetivos que se pretende alcançar com ele, no fundo, decorrem mesmo de operações valorativas, ou axiológicas, que expressam sempre o desejo, as ambições, os propósitos, as preocupações e, enfim, os interesses daqueles que se envolvem com o fenômeno jurídico quer para instituir o direito, quer para estudá-lo, quer para aplicá-lo ou ainda para reproduzi-lo por meio do ensino jurídico. A ideia de direito, sua metodologia e fins estão mesmo condicionados pelos interesses e, portanto, pela visão de mundo daqueles que se propõem à tarefa de lidar com o fenômeno jurídico.
> [...]
> É lícito concluir, portanto, que o direito surge como fenômeno superestrutural condicionado pelo modo de produção econômica. Modo de produção esse que não tem apenas um sentido econômico, mas também cultural, artístico, científico e social. Assim, o sistema normativo aparece como conseqüência da realidade socioeconômica e sociocultural, refletindo e consolidando juridicamente, portanto, no plano das representações simbólicas (ideológicas), todas aquelas relações produtivas da sociedade capitalista com seus interesses e valores.[193]

---

[191] Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan, 1996.

[192] MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** São Paulo: Atlas, 2009.

[193] Ibid., p. 15 e 17-18.

Cogitamos uma existência para além do Estado e que, uma vez que os sujeitos são seres inacabados, são projetos em construção, o sobredito "consenso" do "contrato social" é cada vez mais escasso, e a legitimação do Estado e do Direito, nesse contexto, é construída sobre pilares fictícios que impõe padrões de comportamento pré-concebidos que não se enquadram com a realidade e, pior, tolhe o processo de construção histórica de direitos, seja no seu reconhecimento para proteção, seja no seu afloramento. Tendo essas perspectivas em mente, passemos para uma análise da totalidade como ontologia estatal, que nos permitirá denunciar o processo de negação de construção normativa para além do Estado.

1.1.3.2 O direito como ontologia estatal: a totalidade

No presente item, buscaremos tecer críticas quanto ao modo de produção "legítima" do Direito. Pesquisamos novos referenciais teóricos, dentre eles, Enrique Dussel[194] e Celso Ludwig[195], para demonstrar a ótica da totalidade que permeia a tradicional concepção do Direito[196]. O objetivo é demonstrar que o paradigma estatal hegemônico contribui para uma sistemática negação de outras realidades normativas, que não àquela emanada do Estado, seja por meio de seus poderes constituídos, seja pela realidade aceita como "existente".

Uma vez que nossa análise tangencia uma hipótese delimitada, qual seja, o Brasil, buscaremos dialogar e contextualizar a funcionalidade do Direito nessa realidade, subsidiando premissas que permitam a erição de um novo paradigma jurídico, voltado à emancipação do indivíduo e concretização de seus direitos, inclusive aqueles não positivados.

Segundo Dussel, "A ontologia, o pensamento que exprime o ser – do sistema vigente e central -, é a ideologia das ideologias, é o fundamento das ideologias do império, do centro"[197]. Desde os primórdios da filosofia grega, que tão fortemente influenciou (e

---

[194] DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola; Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I).

[195] LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

[196] DUSSEL, Ibid., p. 7. "Escrito da periferia para homens da periferia, dirige-se contudo também ao homem do centro, como filho alienado que protesta contra o pai que vai ficando velho; isto é, o filho vai se tornando adulto. A filosofia, patrimônio exclusivo do Mediterrâneo, desde os gregos, e na Idade moderna só européia, começa pela primeira vez seu processo de mundialização real. Por isso, este marco teórico filosófico ou conjunto de simples teses para permitir pensar de um certo modo, quer iniciar um diálogo mundial da filosofia. Parte, evidentemente, da periferia, mas ainda usa a linguagem do centro. Nem pode ser de outra forma, como o escravo que fala a língua do senhor quando se revolta, ou a mulher que sem saber se exprime dentro da ideologia machista quando se liberta".

[197] Ibid., p. 11.

influencia) a tradição jurídico-ocidental, foi imposta uma totalidade-limite como campo de investigação científica de reconhecimento do "ser". A instituição do paradigma do "ser", inicialmente em Parmênides ("O ser é, o não-ser não é"), até o seu desenvolvimento no paradigma da consciência (*ego cogito*) em Descartes ("Penso, logo existo"), constitui uma totalidade que impõe um limite de existência (o "ser", que "é"; o "eu", pensante) para além do qual nada existe, "[...] está o não-ser, o bárbaro, a Europa e a Ásia. Tudo o que não é ser é não sentido, é não verdadeiro: é o não-ser"[198]. O "ser", uma vez estabelecido, encerra em si todas as possibilidades de existência, coincide com o mundo. A questão é: quem é esse "ser"? Em Parmênides, assim como na filosofia grega da antiguidade clássica, o "ser" é o homem grego. O desenvolvimento dessa ontologia, no tempo, se apresentou congruente com os interesses das classes dominantes, que a utilizou para justificar sua dominação a partir do próprio "ser".

> Parmênides, da periferia da Magna Grécia, enuncia o começo radical da filosofia como ontologia: "O ser é, o não-ser não é". O que é ser senão o fundamento do mundo, o horizonte que compreende a totalidade dentro da qual vivo, a fronteira que nossos exércitos controlam? O ser coincide com o mundo; é como a luz (*to fôs*) que ilumina um âmbito e que não é vista. O ser não se vê; vê-se o que ele ilumina: as coisas (*tà ónta*), os úteis (*tà prágmata*). Mas o ser é o grego, a luz da própria cultura grega. O ser chega até às fronteiras da helenicidade. Para além, além do horizonte, está o não-ser, o bárbaro, a Europa e a Ásia. É na política, a de Platão, Aristóteles, Epicuro e dos estóicos que se descobre o sentido da ontologia."[199]

Centrada a existência no "ser" pré-constituído, pré-determinado, percebe-se sua instrumentalização para a dominação e sua identificação com o poder. "O centro é; a periferia não é", dirá Dussel[200]. Repetido e disseminado, esse pensamento adentrou as entranhas do pensamento clássico e suas repercussões são sentidas ainda hoje, em nossa realidade. A afirmação "o ser é" deixa implícito que tão somente uma categoria "é". Esse "ser" passa, então, a ser o início e fim da totalidade, limitando e reduzindo a existência o *uno*. Sempre o mesmo. O "Outro", múltiplo, é então sistemicamente negado.

Na primeira parte de sua obra intitulada "1492 *El encubrimiento del otro: hacia el origen del 'mito de la Modernidad"*", Enrique Dussel[201] trata do surgimento ou construção do "ego" europeu e do "en-cubrimiento" do "outro". O ano de 1492 é simbólico, representando a um mesmo

---

[198] LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 127 e 128.

[199] DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola; Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 12.

[200] Ibid., loc. cit.

[201] DUSSEL, Enrique. **1492 – El encubrimiento del outro**: hacia el origen del 'mito de la Modernidad'. La Paz: Plural, 1994. (Academia).

tempo a data do suposto "descobrimento" da América e, no âmbito científico, da profusão da teoria de René Descartes, bem como, do mito da modernidade. Dussel nos provoca a questionar a afirmação do "eu" (ego) europeu, como ontologia, ou seja, como única forma de "ser" e "existir" possível. O pioneirismo científico-tecnológico europeu lhe propiciou a oportunidade de transpassar e "vender" a sua imagem como modelo de desenvolvimento (meramente tecnológico e econômico-predatório) viável e desejável pelos diversos países que o compõem. O acúmulo de capital e a detenção de um avançado saber técnico, aliado a outras inúmeras variáveis políticas, econômicas e sociais, fomentaram um contexto favorável para a expansão territorial européia para o além mar. 1492 é um ano de conquistas: para além da Europa, a riqueza das Américas; para além da cultura autóctone ameríndia, a ontologia européia. 1492 é um marco de (re)afirmação do "ego"europeu porque é nesse momento que percebemos, "ao sul do equador", a imposição de uma cultura enquanto totalidade, enquanto única forma de manifestação de existência possível, em detrimento de um pluralismo cultural, político, social, religioso, humano e, porque não, jurídico.

> *1492, según nuestra tesis central, es la fecha del "nacimiento" de la Modernidad; aunque su gestación -como el feto- lleve un tiempo De crecimiento intrauterino. La Modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, libres, centros de enorme creatividad. Pero "nació" cuando Europa pudo confrontarse con "el Otro" y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un "ego" descubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma Modernidad. De todas maneras, ese Otro no fue "des-cubierto" como Otro, sino que fue "en-cubierto" como "lo Mismo" que Europa ya era desde siempre. De manera que 1492 será el momento del "nacimiento" de la Modernidad como concepto, el momento concreto del "origen" de un "mito" de violencia sacrificial muy particular y, al mismo tiempo, un proceso de "en-cubrimiento" de lo no-europeo*[202].

O "descobrimento" o foi, tão somente, para a própria Europa, que até então só concebia sua própria realidade como sendo a única alternativa de vida possível. O "eu"/"ser" europeu já estava bem delimitado: homem, branco, proprietário, adulto, heterossexual, mercantilista, civilizado, alfabetizado. Para além dessa forma de existência, nada havia, havia o "nada". Em 1492 essa premissa é redimensionada. "Descobre-se" outra realidade possível: parda, amarela e negra; de economia assentada em bases extrativista, solidária, comunitária e não mercantilista; poligâmica, assexuada, sexuada, "não civilizada": a América indígena, autóctone. Esta "outra" realidade, tão diferente da européia, do "ser" até então conhecido e admitido, ameaça o paradigma hegemônico vigente. E a ameaça é constada em diversos níveis, um dos principais é a ausência de uma figura de poder institucionalizada em forma de governo.

---

[202] DUSSEL, Enrique. **1492 – El encubrimiento del outro**: hacia el origen del 'mito de la Modernidad'. La Paz: Plural, 1994. p. 7-8. (Academia).

Desde a imposição do "ego" europeu, foi desencadeado um processo de "encobrimento" do fato do pluralismo jurídico. A América indígena, autóctone, já contava com várias formas de organização de vida humana, cada qual com sua cultura, suas crenças, suas normatividades. É claro, não "desenvolvida" em nível técnico europeu, com sua realidade normativa positivista e codificada. O contato do europeu com o ameríndio repercutiu nessa polarização: o "ego" normativo estatal europeu sobressaiu em detrimento do encobrimento do "ego" autóctone.

Repetido de disseminado, a forma de organização social européia foi sendo então imposta na América, e, com ela, foi difundida a ideia de que o Direito somente possui existência, ou seja, somente "é", somente "existe", nos limites estreitos da realidade estatal. A ideia de normatividade e regulação foi sendo talhada no totem estatal, como se somente neste existisse uma fonte legítima de sua emanação. É dizer: o Direito foi cerceado e condenado a ser reduzido à ontologia estatal. Só existe Direito no e do Estado. Para além do âmbito estatal, está o não direito.

> Se o ser é o fundamento de todo sistema, e do sistema de sistemas que é o mundo cotidiano, afirmamos agora que há realidade também além do ser, assim como há cosmos além do mundo. O ser é como o horizonte para onde e desde onde se manifestam os fenômenos do mundo. É o fundamento e a identidade ontológicas; é a luz que ilumina a totalidade do mundo. Ora, além do ser, transcendendo-o, há ainda realidade. Se a realidade é a ordem da constituição cósmica das coisas, resistentes, subsistentes e crescentes desde si, a partir de si, é evidente que há realidade além do ser. Quanto cosmos jamais foi incorporado a nenhum mundo! Não foi acaso primeiro a realidade do primata, há milhões de anos, e posterior o aparecimento do mundo, do ser?[203]

Ao centrarmos nosso ideário jurídico sobre um direito que encerra sua ontologia na dimensão estatal, voltamos nosso olhar para um horizonte normativo limitado, um poente que cega nossos sentidos para a percepção de outra realidade normativa que não a estatal. Perceber o Direito como proveniente única e exclusivamente de fonte emanadora estatal, contribui para que cunhemos uma cultura que nega o afloramento de direitos da própria realidade, tal como ela se nos apresenta. Centrar a legitimação jurídica em ficções institucionalizadas que possuem uma finalidade determinada e pré-estabelecida (manutenção do status quo) equivale marginalizar o fato do pluralismo jurídico, que já nos primórdios autóctones ameríndios emergiam como formas de existências possíveis, e que, no entanto, foram sendo depreciadas e encobertas pela assunção de um paradigma normativo importado, europeu, que se instalou no imaginário jurídico brasileiro. É essa postura, é essa ontologia, é essa negação do pluralismo jurídico que buscamos refutar, por entendê-las ofensivas à tutela de direitos coletivos.

---

[203] DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola; Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 47.

1.2 Estado de direito

Delimitar em termos definitivos o que seja o "Estado de Direito" constitui tarefa árdua, de difícil precisão[204], sendo mais palpável alcançar "um" sentido do que "o" sentido de "Estado de Direito". Isso, porque muitos são os significados que podemos auferir de "Direito" e a ideia desse modelo ou espécie de "Estado" depende muito da própria essência que emana do Direito[205]. Se várias são as definições que a expressão pode designar, e se igualmente várias são as noções que podemos ter sobre "Direito" e "Estado", é preciso cautela ao tratar de temática tão emblemática quanto o é a questão da caracterização do Estado brasileiro, posto tratar-se, como o próprio nome indica, de hipótese qualificada pelo princípio democrático.

Recentemente, a Comissão Européia para a Democracia através do Direito, alcunhada "Comissão de Veneza"[206], órgão consultivo criado em 1990 sobre questões constitucionais do Conselho da Europa, aprovou em assembléia pontos "fundamentais para a existência do Estado de Direito". São eles[207]:

> **1. Legalidade (supremacia da lei)**
> a) O Estado age com base e em conformidade com a lei?
> b) O processo de elaboração das leis é transparente, responsável e democrático?
> c) O exercício do poder é autorizado pela lei?
> d) Em que medida a lei é aplicada e cumprida?
> e) Em que medida o governo funciona sem usar a lei?
> f) Em que medida o governo usar medidas incidentais em vez de regras gerais?
> g) Existem cláusulas de exceção na lei do Estado, permitindo medidas especiais?
> h) Existem normas internas garantindo que o Estado cumpra normas internacionais?
> i) O sistema do *nulla poena sine lege* (nenhuma punição sem lei prévia) se aplica?
> **2. A segurança jurídica**
> a) Todas as leis são publicadas?
> b) Se há alguma lei não escrita, ela é acessível?
> c) Existem limites à discrição legal concedida ao Executivo?
> d) Há muitas cláusulas de exceção nas leis?
> e) Há leis escritas em uma linguagem inteligível?
> f) A retroatividade das leis é proibida?

---

[204] Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RE, Aluisio Iunes Monti Ruggeri. Estado de direito, cidadania e políticas públicas: a fundamentalidade do deferimento judicial de medicamentos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DAS CARREIRAS JURÍDICAS DO ESTADO, 2., 2010, Brasília. **Anais....** Disponível em <http://www.carreirasjuridicas.com.br/oficinas/dia08oficina13texto1>. Acesso em: 29 de nov. 2010.

[205] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113.

[206] Página oficial da comissão de Veneza. Disponível em: <http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp>. Acesso em: 06 jun. 2011.

[207] PINHEIRO, Aline. Comissão de Veneza cria manual do Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-30/comissao-veneza-cria-manual-identificar-estado-direito>. Acesso em: 29 mai. 2011.

g) Existe um dever de manter a lei?
h) As decisões definitivas dos tribunais nacionais são questionadas?
i) A jurisprudência dos tribunais é coerente?
j) A legislação geralmente é implementável e implementada?
j) Os efeitos das leis são previsíveis?
k) A avaliação legislativa é praticada de forma regular?

3. Proibição da arbitrariedade

a) Existem normas específicas que proíbem a arbitrariedade?
b) Há limites ao poder discricionário?
c) É garantida a publicidade de informações do governo?
d) São pedidas razões para as decisões tomadas?

4. Acesso à Justiça por meio de tribunais independentes e imparciais

a) O Poder Judiciário é independente?
b) O Ministério Público é, em certa medida, autônomo em relação ao Executivo? Ele age de acordo com a lei e não segundo conveniências políticas?
c) Os juízes estão sujeitos à influência política ou manipulação?
d) O Judiciário é imparcial? Que disposições garantem a sua imparcialidade caso a caso?
e) Os cidadãos têm acesso efetivo ao Judiciário, também para questionar atos do governo?
f) O Judiciário tem poderes suficientes de reparação?
g) As profissões jurídicas são reconhecidas, organizadas e independentes?
h) As decisões judiciais são implementadas?
i) A coisa julgada é respeitada?

5. Respeito aos direitos humanos

São os seguintes direitos garantidos (na prática):
a) O direito de acesso à Justiça: Os cidadãos têm acesso eficaz ao Poder Judiciário?
b) O direito a um juiz legalmente competente?
c) O direito de ser ouvido?
d) *Ne bis in idem*?
e) Não retroatividade das medidas?
f) O direito à tutela jurisdicional efetiva?
g) A presunção de inocência?
h) O direito a um julgamento justo?

6. Não discriminação e igualdade perante a lei

a) As leis são aplicadas para todos, sem discriminação?
b) Existem leis que discriminam determinados indivíduos ou grupos?
c) Há leis interpretadas de maneira discriminatória?
d) Existem indivíduos ou grupos com privilégios legais especiais?

A partir desse relatório, percebemos então a nucleação de uma ontologia sobre o Estado de Direito, calcada na coexistência de seis elementos básicos: a legalidade, a segurança jurídica, a proibição da arbitrariedade, o acesso à justiça por meio de tribunais independentes e imparciais, o respeito aos direitos humanos e a não discriminação e igualdade perante a lei. Não obstante referidos pontos tenham sido elaborados no continente e realidade europeus, constatamos sua importação crítica pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, inclusive, veicula a Comissão de Veneza em

sua página oficial[208].

Estes elementos atendem à expectativa do Estado Liberal de primado do direito formal. Nossa afirmação encontra respaldo na abordagem teórico-sociológica de José Eduardo de Oliveira Campos Faria sobre os dilemas da ordem jurídico-política liberal[209]. Segundo ele, o Estado Liberal se desenvolveu em torno de seis princípios básicos: equilíbrio entre os poderes e representação política, certeza jurídica e garantia dos direitos individuais, constitucionalidade e legalidade, hierarquia das leis e distinção entre atos de império e atos de gestão, autonomia da vontade e liberdade contratual. A justificativa histórica para o surgimento dessas condições seria a necessidade que a burguesia em ascensão no século XVIII teve em assegurar suas expectativas econômicas, que somente puderam ser incrementadas em um regime dotado das características da confiabilidade (governamental) e calculabilidade (econômica e política). A estratégia para alcançá-las foi promover um enquadramento político e jurídico que valorizasse a ordem legal-racional. Nesse sentido, parece que os preceitos fulcrais do Estado Liberal são a legalidade e a segurança jurídica. O Estado de Direito propugnado pela Comissão de Veneza é assentado nesses preceitos fulcrais do Estado Liberal, constatação esta que nos impõe algumas reflexões[210].

---

[208] "A Comissão Europeia para a democracia através do direito, mais conhecida pelo nome de Comissão de Veneza, cidade onde ela se reúne, é um órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais. Criada em 1990 como um acordo entre 18 membros do Conselho da Europa, ela passou a permitir que Estados não-europeus se tornassem membros a partir de 2002. A Comissão de Veneza se compõe de especialistas independentes nomeados por quatro anos pelos estados membros e se reúne quatro vezes por ano, em Veneza (Itália), em sessão plenária, para aprovar os seus pareceres e estudos e para promover a troca de informações sobre desenvolvimentos constitucionais. A adesão do Brasil foi impulsionada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão com o qual a Comissão entrou em contato no quadro de cooperação com a Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional, da qual o Supremo Tribunal é membro fundador. Com essa adesão, o Brasil tornou-se o 56º país membro da Comissão de Veneza. Dentre várias atividades, a Justiça constitucional é uma das principais áreas de atuação da Comissão de Veneza. Em seu âmbito foi criado um centro de justiça constitucional, que visa a reunir e divulgar a jurisprudência constitucional dos países membros e associados. A difusão da jurisprudência constitucional é feita por meio da publicação de um Boletim de jurisprudência constitucional, que oferece aos leitores resumos das decisões mais importantes das Cortes participantes e da CODICES, que é uma base de dados com milhares de decisões resumidas, textos completos das Constituições, descrições de inúmeras cortes de todo o mundo e as leis que as regem. Além disso, há a cooperação por meio do envio de questões às diversas Cortes que compõem a Comissão de Veneza, com o objetivo de realizar consultas sobre assuntos específicos. O STF recebe com freqüência questões de diversos países." Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=159669>. Acesso em: 6 jun. 2011.

[209] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o Direito como instrumento de transformação social. Tese (Concurso para professor titular) - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 1984. p. 63.

[210] "Em seu sentido etimológico, 'reflexão' origina-se do latim *reflectere*, debruçar-se (*flectere*) outra vez (*re*), o que é necessário quando não nos satisfazemos com o que vimos no nosso primeiro contato com o objeto de nossa atenção; 'reflexão' é um esforço para se transcender o imediato, para ir além da primeira impressão, para ultrapassar o senso comum". FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 7.

O ideal de legalidade perseguido pela Comissão corrobora o complexo fenômeno de identificação do direito com a lei. Ao questionar antes aspectos formais do que materiais do primado da legalidade, a Comissão reverbera um modelo de Estado cuja atuação é legítima na medida em que respeita e observa disposições legais, a despeito do conteúdo de tais disposições. Reverbera, também, a supremacia da forma (lei e ordem) em detrimento das contingências reais (conteúdo), contribuindo, reflexamente, para a manutenção do status quo, nos termos ditados hegemonicamente pelas classes dominantes em nível legislativo.

Para além da legalidade, a segurança jurídica como contingência para a manutenção da vida em sociedade é apontada como justificativa hábil a encampar o fenômeno da supremacia da lei. Trilhando uma concepção weberiana, é possível problematizarmos o "império do direito" (em um contexto no qual o direito foi identificado com a lei) como premissa necessária para que as subjetividades sejam neutralizadas, afinal, as leis reúnem em si características cruciais sob o manto do "consenso": conhecimento prévio por parte dos destinatários (alcançado pela publicação das leis) e edição política (alcançada pela formulação em nível legislativo-representativo). Essa supremacia e segurança propiciam o monopólio estatal na produção da legalidade[211], consequentemente, sobre o que é o direito. Propiciam, também, a conformação da realidade a um projeto político hegemônico, já que neutralizam (marginalizam) as expectativas latentes da sociedade.

No tocante à vedação da arbitrariedade, trata-se de ideal perseguido há muito pela burguesia, na tentativa de conter o poder centralizador monárquico absolutista e de garantir sua atuação e expansão econômica. A preocupação que parece nortear esse preceito é limitar a margem de atuação do Estado, mas os contornos que essa limitação adquire em contextos de extrema desigualdade social são catastróficos. A tentativa de delimitar "o que é" e "o que não é" assunto do Estado cinge a realidade em âmbitos que, no mínimo, podem não ser dissociáveis. Também é preocupante o reflexo dessa polarização (público/privado) de impingir uma pretensa neutralidade ao Estado, que não corresponde com a realidade.

A questão do acesso à justiça igualmente merece cautela ao ser analisada, principalmente pelo modo como a mesma é tratada pela Comissão, qual seja: justiça identificada como jurisdição judicial. Inegável a valia democrática da imposição de independência e imparcialidade como características intrínsecas aos tribunais. Contudo, para que possamos verificar a acessibilidade da justiça, devemos voltar nosso olhar para além da

---

[211] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. 1984. 393 f. Tese (Concurso para Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984. p. 64.

estrutura judicial, embora essa também deva ser considerada, posto que responsável pela prestação jurisdicional. Apontamos, como elementos imprescindíveis para a efetivação do direito de acesso[212], a existência de uma ordem jurídica justa, de mecanismos processuais e procedimentais aptos a atender as demandas populares, o fomento à cognição do conteúdo normativo à sociedade (que não se confunde com a publicação dos atos normativos), a desobstrução dos óbices da onerosidade e da demora na prestação jurisdicional, entre outros. Com esses exemplos, notamos o quão leviano é reduzir a complexidade do acesso a justiça à verificação da existência de tribunais independentes e imparciais (mormente quando a estrutura política, social e econômica no qual esses aparentes tribunais "idôneos" estão inseridos é extremamente discriminadora, elitista, patriarcal, capitalista, opressora, enfim, conformadora).

Sobre o respeito aos direitos humanos[213], devemos destacar o avanço que a inserção da das temáticas da efetividade da tutela jurisdicional e da eficácia da acessibilidade ao Judiciário representa, já que revela aponta para uma perspectiva preocupada com a concretização de referidos direitos no plano fático e não meramente teórico-declarativo. Sem dúvida, essa inclinação supera o tradicional enfoque dado pelos organismos transnacionais de propugnar pela recepção de preceitos universais em seus respectivos ordenamentos jurídicos (seja em nível constitucional ou infraconstitucional), pois perquire as condições reais para que o cidadão se manifeste em juízo para a defesa de seus direitos, fruindo das garantias ínsitas do direito de defesa. Talvez a argumentação mais contumaz que possamos fazer seja aquela que denuncia que o olhar com o qual os direitos humanos são vistos esteja ainda limitado a um momento ou contexto pós-violatório. A preocupação revelada pela Comissão de Veneza é de identificar se os cidadãos podem judicializar demandas quando seus direitos humanos forem violados. Em sentido contrário, não se estimula a verificação de mecanismos prospectivos pré-violatórios, ou seja, parte-se do pressuposto da necessidade de lesão a tais direitos para que os mesmos mereçam atenção, quando o ideal é que nossa atenção esteja voltada para aqueles momentos em que eles estão sendo respeitados, para que não sejam violados. Essa formulação da Comissão de Veneza corresponde ao momento clímax do processo de construção positiva do significado do "Estado de Direito".

José Afonso da Silva[214] pontua que este conceito, em sua origem, é tipicamente liberal e tem como características: (a) a submissão ao império da lei[215]; (b) a divisão de poderes; e (c) o

---

[212] O direito de acesso é trabalhado em item específico no presente trabalho, mais especificamente, no item 1.3.2 intitulado "O desafio do acesso à justiça".

[213] A questão dos direitos humanos é melhor desenvolvida no item "1.3 Os Direitos Fundamentais na Teoria Geracional dos Direitos Humanos: A Problemática do Acesso Efetivo à Justiça" e "1.3.1 Da anestesia à sinestesia", ambos do presente trabalho.

[214] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112-113.

enunciado e a garantia dos direitos individuais. Contudo, a expressão diz pouco ou nada sobre o conteúdo material desse Estado, levando-o a conviver com ambigüidades e adaptações deturpadas a tal ponto que o seu sentido tendeu para uma concepção formal de "Direito" e "Estado". Estes termos, que ora se aproximam (como na doutrina kelseniana), ora se afastam ou se completam, ficaram então volúveis aos interesses do poder dominante, e "o "Direito" acaba se confundindo com o mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária)[216]. Nesse sentido, a expressão Estado de Direito se identifica com Estado Legal, o que nos permite entender como aquele pode, por vezes, dar o suporte necessário para que um governo ditatorial se legitime.

1.2.1 A questão terminológica

Para estruturarmos nosso estudo, investigamos se "Estado de Direito" e "Estado democrático de direito" são expressões sinônimas. De nossa parte, entendemos que "não": cada expressão designa um modelo diferente de Estado. Perfilhando raciocínio cogitado por Miguel Reale em sua obra "Estado democrático de direito e o conflito de ideologias" [217]:

> Não concordo, por conseguinte, com os juristas que consideram sinônimos os termos "Estado de Direito" e "Estado Democrático de Direito". Tal entendimento não me parece admissível em Hermenêutica Jurídica, notadamente no plano da Carta Magna, porquanto, em princípio, a termos novos deve corresponder nova interpretação.
> Isto posto, como o Estado de Direito apresenta configurações diversas, de País para País, é necessário analisar cuidadosamente o texto supratranscrito, a fim de verificar quais são seus pressupostos normativos no Brasil, ou seja, quais são os elementos fundamentais que o caracterizam, condicionando tanto a hermenêutica dos demais mandamentos constitucionais como das disposições da legislação ordinária, valendo como critério para decidir sobre a recepção ou não de antigas leis pela nova Carta Magna.

Se analisarmos a estrutura simbólica-linguística das expressões "Estado de Direito" e "Estado democrático de direito", verificamos que ambas não coincidem. Esta possui quatro palavras, aquela três. Então, sob o aspecto lingüístico, verificamos a não coincidência das

---

[215] O termo "lei" é empregado designando ato normativo emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo (cidadãos).
[216] Ibid., p. 114.
[217] REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2.

expressões. O primeiro argumento em defesa da distinção semântica repousa nessa constatação lingüística. Ora, se são distintos os termos, distintas são as significações, caso contrário, não haveria a necessidade de se criar uma nova nomenclatura. Referido raciocínio, construído sobre premissas universais ou absolutas, é falho: palavras diferentes podem, como de fato o fazem, designar coisas semelhantes, senão idênticas, dependendo da análise[218].

O segundo argumento em defesa da distinção, diz respeito ao propósito de ter-se agregado o adjetivo "democrático" á tradicional locução "Estado de Direito". Segundo Miguel Reale, esse acréscimo pode indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade.

Miguel Reale entende que "Estado democrático de direito, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a Estado de Direito e de Justiça Social"[219]. Para ele, existem algumas notas distintivas que fazem do Estado brasileiro uma hipótese democrática diferenciada. Segundo ele, esses diferenciais seriam: a proclamação da soberania nacional (reconhecimento de que cada nação tem o direito de preservar sua própria identidade cultural e salvaguardar seus próprios interesses, inclusive diante quadros de pretensa globalização); a imposição ao reconhecimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, valores estes que devem ser interpretados conjugadamente, pois "o respeito devido à pessoa humana em sentido universal [...] não exclui, mas antes implica a dimensão jurídico-política que cada membro da coletividade brasileira adquire só pelo fato de nascer no território nacional, assegurando-lhe um campo específico de direitos e deveres [...]"[220], isso tudo, sem prejuízo da igualdade perante a lei.

O problema que identificamos com o uso do termo "democracia", como qualificadora de nosso atual Estado, é o uso meramente retórico que o mesmo permite, dando margem para um esvaziamento do preceito democrático. É dizer: não basta o Estado se declarar democrático se, na prática, ele se distancia desse ideal. Aliás, o uso do adjetivo sem que, com isso, se efetive a democracia, acaba surtindo o efeito contrário: permite-se o desenvolvimento do autoritarismo dentro da pretensa democracia. Nessa linha de pensamento,

---

[218] Sob o ponto de vista funcional, "blusa" e "calça" são termos que designam objetos que cumprem funções análogas, qual seja, "vestir". Contudo, sob o ponto de vista referencial, o primeiro termo designa um modo de vestimenta ou objeto de incidência específico: vestimenta do tronco e dos membros superiores; já o segundo termo, "calça", designa um modo de vestimenta ou objeto de incidência diverso: membros inferiores.
Este exemplo, embora distante do nosso campo de análise, demonstra como, por vezes, a análise lexical nos leva a engodos. Dessa forma, uma análise superficial ou não criteriosa do conteúdo das expressões "Estado de Direito" e "Estado Democrático de Direito" podem nos levar a conclusões precipitadas.

[219] REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito de Ideologias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2.

[220] Ibid., p. 3.

a terminologia pode servir para mascarar regimes e práticas autoritárias, levando com que a "democracia", aos olhos do povo, da nação, do homem, perca sua razão de ser.

Em José Eduardo Campos de Oliveira Faria, encontramos uma observação contumaz sobre o emprego do termo "democracia": os ouvintes também tendem a interpretar o discurso com o significado a ele atribuído pelos costumes lingüísticos do grupo e da classe social à que pertencem. Ou seja, ao empregarmos um termo, devemos ter em mente o contexto de seu emprego, os interesses envoltos no seu uso e inclusive as características daquele interlocutor que o utiliza, pois os símbolos lingüísticos podem ter diferentes significados.

Eis, então, que surge a questão do convencionalismo: são as palavras, os símbolos lingüísticos, variáveis de sentido de acordo com o que os interlocutores do diálogo propõem ou convém? Para Faria, por maior que seja a amplitude do convencionalismo, as palavras não são totalmente manipuláveis nas articulações lingüístico-sociais. É que a linguagem passa por um processo de construção histórica, que acaba influenciando e determinando o seu sentido.

> Pois, embora a linguagem comum prescinda de verdades absolutas, ela reclama uma adequação a certos princípios axiológicos, ou seja: ela não renuncia à verossimilhança – à produção de um efeito da realidade sobre o que se afirma. Por extensão, há sempre um limite para o que se pode dizer com sentido – e, no caso do discurso político, os estereótipos têm uma funcionalidade que não pode ser invertida. É o caso da democracia, enquanto recurso teórico destinado a legitimar certas formas de dominação: apesar de apresentar diferentes significados, no tempo e no espaço, ela não deixa de ser razoavelmente conclusiva na experiência histórica [...][221]

Os estudos sobre o uso retórico do termo "democracia" serão desenvolvidos nos capítulos seguintes, e comportam uma leitura atenta de pelo menos dois estudiosos brasileiros: José Eduardo Campos de Oliveira Faria e Luiz Werneck Vianna. São leituras densas, complementares e paralelas ao tema central objeto da presente pesquisa (a tutela coletiva) e que desenvolveremos ainda com o intuito de estabelecer se, de fato, o termo "democrático" revela um componente "prático" diferenciado ou, pelo contrário, sua proclamação possui uma funcionalidade prática: distinguir-se do regime ditatorial militar tão arduamente combatido até á década de oitenta. Se, por um lado, afirmar a democracia significa um avanço em termos políticos, por outro, é necessário ter cautela para verificar se sua afirmação não é meramente retórica, ou seja, se, na prática, a democracia está se realizando, pois, se não está efetivada, verificaremos que vivenciamos um momento de Estado

---

[221] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 277.

demagógico de Direito, dentro daquela visão aristotélica de que a democracia, uma vez desvirtuada, perece em demagogia.

Vislumbramos pelo menos duas outras problematizações correlatas ao tema: a verificação de instrumentos ou institutos de consolidação da democracia, e a abertura do ordenamento para a emergência do fato do pluralismo, sem o qual o diálogo, característico da democracia, não consegue se concretizar.

1.2.2 "Um" Estado de Direito

O Estado de Direito, enquanto forma de organização da sociedade política complexa, é fenômeno histórico recente[222]. Para sua concepção, convergem diferentes teóricos e correntes de pensamento.

Nesse sentido, investigamos algumas nuances do Estado de Direito em várias de suas vertentes, da legal à constitucional[223]. Foi a partir desses questionamentos que pudemos problematizar a função da tutela jurisdicional no Brasil e, principalmente, identificar qual a sua relevância para a estruturação do modelo estatal adotado, notadamente a partir de 1988, momento histórico de afirmação dessa inovadora ordem política, jurídica e constitucional.

Sérgio Cademartori[224], analisando as vertentes do Estado de Direito, afirma que a criação de mecanismos de defesa do cidadão frente ao poder é um dos temas nevrálgicos da teoria política. Para ele, referidos mecanismos adquirem contornos peculiares na nova forma de Estado que surge no século XIX, criado para satisfazer os anseios da burguesia ascendente e conter os impulsos patrimonialistas[225] e clientelistas do poder tradicional, calcados em

---

[222] Mais uma vez, chamamos a atenção para o fato de que a dissertação não pretende esvair o conteúdo histórico do surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito. A digressão realizada nesse momento visa evidenciar as bases teóricas com as quais trabalhamos, posto que não evidentes. O intuito é indicar o caminho trilhado, sem nos atermos a maior investigação de todo e qualquer tema convergente ao tema. Não caberia, no curso espaço de uma dissertação de mestrado, pretender esgotar todo o movimento constitucional-político do Estado brasileiro, dos seus primórdios até a atualidade.

[223] Esclarecemos que o estudo das vertentes do Estado de Direito não pretende ser exaustivo. Na verdade, antes do que relapso científico ou reducionismo, nossa análise visa fundamentar nossa hipótese de trabalho. Um estudo pormenorizado, embora relevante e oportuno, é desafio impossível de ser enfrentado nas curtas páginas de uma dissertação de mestrado que se presta a outra finalidade, motivo pelo qual optamos por traçar sumariamente o que entendemos por "Estado Democrático de Direito" e, assim, estruturar as bases sobre as quais nossa tese será erigida.

[224] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

[225] Sobre a formação do patronato brasileiro, conferir: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1958; SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do patrimonialismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

critérios pessoais de privilégio e vantagem. Assim, o Estado de Direito incipiente insere-se em um contexto de progressiva transformação do poder rumo à impessoalização da dominação.

Cademartori recorre à nomenclatura utilizada por Weber para se referir a um tipo "puro" de dominação, que inexiste na empiria: a dominação legal-racional. Referida nomenclatura se justifica pela materialização de ordens por meio de normas legais, impessoais e genéricas - inclusive com previsão de conseqüências jurídicas – e pelo uso de um cálculo racional utilitário do dominado sobre a obediência às ordens do soberano (ponderação sobre as vantagens e desvantagens do cumprimento dessas ordens).

A partir de então, forma-se uma burocracia de expediente que age através de procedimentos e se caracteriza por (a) fundar sua legitimidade na crença de legalidade e autoridade dos dominados em relação ao domínio, (b) possuir ordenações pactuadas ou então outorgadas, (c) sujeitar o próprio soberano à ordenação e (d) apresentar seu tipo mais puro na "dominação burocrática" (dominação legal), que por sua vez repousa sobre as características de: sujeição da própria dominação à lei, situação dentro de uma competência (deveres e serviços objetivamente delimitados), vigência do princípio da hierarquia administrativa (instâncias superiores ordenando e supervisionando inferiores, com resguardo do direito de queixa), aplicação profissional da lei (o conteúdo técnico é um saber setorializado e restrito á um determinado número de pessoas), separação total entre o quadro de funcionários e os meios de administração e produção, e, por fim, a vigência do expediente[226].

Este tipo de dominação burocrática encontra na "formalidade" o princípio básico de sua organização e se consolida progressivamente através de "versões" do Estado de Direito: o governo *per lege*, o governo *sub lege* e o constitucional.

1.2.2.1 A vertente legal: os governos per lege e sub lege

O primeiro momento a ser observado é o governo *per lege,* que consiste em uma forma de dominação burocrática que age através de ordens (leis, normas) gerais e abstratas. Ao contrário do que ocorreu com a dominação absolutista real (lastreada em critérios pessoais de privilégios), o governo *per lege* pressupõe um conjunto de formalidades que o poder deve respeitar para se expressar e, assim, assegurar a validade e vinculação dos dominados às

[226] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 18-19.

normas. Referida atuação atende ou satisfaz os princípios da igualdade (generalidade e abstração das normas) e da liberdade (estabelecimento da norma como manifestação legítima da vontade geral.), motivo pelo qual ocorre a juridificação do poder e o absolutismo monárquico é substituído pela modalidade legislativa (instrumentalizada por meio de leis e atuação de assembleias soberanas). Encontramos nesse governo o marco da correlação do direito com a lei, reducionismo que marca de forma indelével a teoria do direito e da justiça.

Um ponto marcante dessa vertente do Estado legal é a que a lei, necessariamente, deva ser fruto da vontade geral, característica esta que exclui toda e qualquer possibilidade de um Estado de Direito ser identificado em um regime nos quais os caracteres da pessoalidade ou do absolutismo estejam presentes.

Outro momento do Estado de Direito é o governo *sub lege,* no qual o próprio poder soberano é subordinado à normas superiores, as quais não lhe é dado suprimir ou violar (submissão de todo o poder ao direito). Neste esteio, toda e qualquer ação governamental sofre um processo de legalização. Este governo determina a afirmação do Estado Liberal ou legislativo de Direito e propicia uma inversão de papéis: o Direito submete o poder, disciplinando-o e limitando-o. Pelo menos dois são os sentidos do governo *sub lege*: (a) em sentido lato, fraco ou formal, qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos estabelecidos por ela; (b) em sentido estrito, forte ou substancial, todo o poder deve ser limitado pela lei, que condiciona suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, inclusive quanto ao conteúdo daquilo que ela pode ou não dispor[227].

Notemos, pois, que há uma distinção entre as idéias de governo e do exercício do poder traçadas: enquanto o *governo sub lege* refere-se às relações do poder com suas próprias normas, com o direito ao qual se declara submetido, o *governo per lege* aponta para aspectos formais do poder em suas relações com os súditos ou dominados (exigência da satisfação de determinadas formalidades pelas normas para que as mesmas sejam consideradas válidas e vinculantes). São formulações de estreita vinculação axiológica que se explicam pelo acompanhamento, da submissão do poder ao direito, da expressão do poder preferencialmente através de normas gerais e abstratas.

Mas quais seriam os motivos desta vinculação axiológica entre os governos *per lege* e *sub lege*? Segundo Cademartori[228], ambas as formas de exercício do poder são respostas às exigências que os dominados postulam perante o poder político: tratamento equânime, defesa

---

[227] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 24.

[228] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 20.

perante possíveis arbitrariedades e incremento na previsibilidade da atuação estatal. Em linhas gerais, tais governos atendem aos princípios da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica.

Esta combinação de respeito ao conjunto de formalidades disposto, para que o poder/governo possa se expressar, com a vinculação do poder ao direito, como forma de impedir a disponibilidade plena do poder sobre o direito, determina que: ainda quando o poder possa mudar a norma, enquanto esta for válida aquele ficar-lhe-á submetido. E mais, a concepção de um Estado Constitucional de Direito ergue um novo patamar nesta indisponibilidade do poder sobre o direito, pois assegura que determinados âmbitos jurídicos são totalmente indisponíveis ao poder político.

1.2.2.2 A vertente constitucional

O Estado Constitucional de Direito surge a partir da crise do Estado de Direito em sua versão legislativa[229] e logra superá-lo. Referida crise decorre do uso da lei como meio de regulação social no Estado Liberal e tem como vetores: o desvio do modelo liberal com a *praxis* sócio-econômica e a constatação do caráter conflitivo da realidade social. Trata-se da crise revelada pela constatação da não neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais.

A tomada de consciência de que o direito não se situa num âmbito separado do real conflui para a percepção de que ele próprio, o direito, é parte do conflito social. A partir daí, questiona-se a capacidade da lei e do poder legislativo em regular adequadamente a vida social e política, motivo pelo qual a *eficácia* do direito é restaurada como limite ao poder.

Nesta transição do Estado legislativo para o constitucional, o conceito de legalidade sofre um redimensionamento, passando a referir não a pura e simples submissão dos indivíduos à lei, mas sim a submissão de todo o poder ao direito. Também a noção positivista do direito sofre uma alteração, não mais se equiparando ou se reduzindo à lei. É sob esses influxos que se firma o caráter normativo das Constituições, como norma vinculante e superior que impõe a todos os poderes do Estado o respeito ao sentido e conteúdo das normas constitucionais (supremacia das Constituições).

---

[229] Ibid., p. 25.

Konrad Hesse[230] ao estudar a força normativa da Constituição problematiza o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Na dicção do jurista "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". Defere-se, então, a força normativa da Constituição: uma força própria, motivadora, ordenadora da vida no Estado.

Para Jorge Miranda[231] a vertente constitucional recebeu influências diversificadas, que podem ser constatadas a partir de uma análise da gênese das expressões que comumente são associadas à ideia de Estado constitucional. Enquanto essa possui origem francesa, a expressão "governo representativo" é anglo-saxónica e a "Estado de Direito" é alemã.

O Estado Constitucional possui uma peculiaridade intrínseca à sua forma de organização de poder: a positivação de direitos[232] humanos à sua ordem jurídica. Tais direitos são elencados pela Constituição desses Estados como direitos fundamentais, que atuam com forma de limitar a atuação estatal frente aos indivíduos e ainda contribuem como tábua de valores ou princípios a nortear a vida em sociedade. O Brasil, como Estado Constitucional que é, possui em sua CF/88 diversos direitos fundamentais, muitos deles elencados em Título próprio, logo no início o texto constitucional. Referia topologia não é por acaso, antes, dá indícios de sua importância na organização social do Estado.

Pela leitura do preâmbulo e de outros vários dispositivos constitucionais, percebemos que a hipótese brasileira pretende se diferenciar dentre a categoria de Estado Constitucional. Utilizando locução cunhada pela própria CF/88, o Estado brasileiro é Democrático de Direito, o que parece indicar um qualitativo diferenciador à ordem jurídica vigente.

Na verdade, há certos elementos que, quando presentes, conformam a existência de um Estado democrático de direito. É claro que nenhum Estado é igual a outro. Por mais semelhanças que sua estrutura e organização possam apresentar, nenhum Estado é igual a outro. Nossa afirmação parte do pressuposto que a história, a cultura, a forma de articulação política, social e jurídica são elementos ou fatores incisivos para o delineamento da forma de ser de cada Estado.

---

[230] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 14.

[231] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33.

[232] "Não convém esquecer que as expressões Estado de Direito e Estado Constitucional de Direito constituem modelos normativos, e não ordenamentos jurídico-políticos reais. Destarte, poderão existir Estados reais que não sejam Estados de Direito num grau elevado, apesar de sua forma normativa, na medida em que a submissão do poder ao Direito não se verifique devido á presença de uma produção normativa fictícia ou arbitrária desobedecida de forma habitual pelo próprio poder, isto é, uma baixa eficácia da submissão ao Direito". CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 24.

Cada país possui, no mínimo, sua peculiaridade histórica, que torna sua cultura própria e única em relação aos demais países. Sendo assim, impossível crer na existência de Estados iguais.

Peter Haberle[233], discorrendo sobre o Estado constitucional como conquista cultural, aponta a existência de determinados elementos ideais e reais, referentes ao Estado e à sociedade, que, embora não tenham sido totalmente e concomitantemente alcançados por nenhum Estado constitucional, sinalizam uma possível situação delineadora de seus contornos. Tais elementos seriam a dignidade humana como premissa, o princípio da soberania popular, a Constituição como um contrato, princípio da divisão de poderes, os princípios do Estado Social e de Direito, as garantias de direitos fundamentais, a independência da jurisdição, entre outros.

> *Tales elementos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de um pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de esse pueblo, que encuentra su identidad em tradiciones y experiências históricas y sus esperanzas em los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberania popular, pero entendida no como competência para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza responsabilidad pública; la Constituición como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en l sentido amplio del pluralismo; los princípios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura ("Kulturustaat") abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en uma democracia ciudadana constituída por el principio del pluralismo*[234].

Estes elementos são características do Estado constitucional que se foram construindo com o decorrer do tempo e das experiências políticas dentro de cada Estado. Mais do que um arrolamento é indício de que alguns elementos foram sendo conquistados e incorporados à noção de Estado constitucional, que pode, inclusive, receber novas características. Gregório Assagra de Almeida adverte que essas características são típicas de um Estado de Direito Liberal, e aponta como elementos a supremacia da Constituição, a separação dos poderes, a superioridade das leis e a garantia de direitos fundamentais[235].

1.2.3 "O" Estado democrático de direito brasileiro

---

[233] HABERLE, Peter. **El estado constitucional.** Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 81-82.
[234] Ibid., p. 82.
[235] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49.

Nos propomos a estudar a tutela coletiva enquanto pressuposto conformador de "um" Estado de Direito específico, qual seja: o Democrático[236].

Um estudo acurado da história do Brasil permite-nos constatar de que o seu desenvolvimento[237] progrediu[238] de colônia exploratório-extrativista para a Monarquia e, mais recentemente, consolidou-se República[239]. Nesse trajeto, notamos que não houve somente "um" Estado de Direito, mas vários, cada um peculiar ao contexto histórico em que foi concebido e

---

[236] O jurista Elton Venturi intitula o quarto capítulo de sua obra com o nome da presente dissertação ("A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado Democrático de Direito"). Naquela oportunidade, o jurista defendeu, em oito páginas, a ideia de que "A efetiva operacionalidade do sistema das ações coletivas passa a ser encarada não mais como mera *conseqüência*, mas como *condição de existência e prevalência da democracia*, diante das possibilidades que gera em relação ao rompimento das inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça, mediante o emprego de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada". VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102. (grifo do autor).
Nossa hipótese de trabalho coincide com os ideais anunciados sumariamente pelo autor, pois entendemos que a tutela coletiva constitui requisito indispensável para a efetivação do Estado Democrático de Direito brasileiro, seja no tocante à concretização dos direitos fundamentais (que são o núcleo central do modelo estatal adotado, bem como da ordem jurídica estabelecida), seja quanto aos objetivos e fundamentos do mesmo, tal como exposto no texto constitucional. Essa noção será crucial para o desenvolvimento de nosso trabalho, motivo pelo qual será oportunamente detalhado. Por ora, entendemos pertinente elucidar o que pretendemos designar pela expressão "pressuposto conformador": requisito de constituição; condição de existência; elemento ou estrutura indispensável para a formação ou sustentação. Tais são os predicados que impingimos à tutela coletiva. Fazer a citação da obra ao final depois de tudo e não no meio da citação.

[237] Nossa concepção de "desenvolvimento" não coincide com a noção de "progresso econômico", pelo contrário: percorremos uma valoração ou "caminho do meio" que questiona o desenvolvimento a partir do projeto social adotado. Nesse sentido, José Eli da Veiga traça três parâmetros de resposta ou entendimento para a pergunta "o quê é desenvolvimento?": desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico (otimismo ingênuo); desenvolvimento como uma ilusão, crença, mito ou manipulação ideológica (pessimismo estéril); recusar as respostas simplistas e conformistas e tenta explicar que o desenvolvimento não se limita ao crescimento econômico e nada tem de quimérico (caminho do meio). Cf. VEIGA, José Eli da. Como pode ser entendido o desenvolvimento. In **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do Século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 17-82.

[238] Uma ponderação merece ser feita: o uso do termo "progredir" teve o propósito de alterar o significado de "desenvolvimento", limitando-o ao sentido de "caminhar para frente", "suceder no tempo", sem que, com isso, realizemos uma valoração sobre referido movimento. Utilizamos os termos em sua primeira significação lexical. "Progredir. V. int. 1. Caminhar para a frente; avançar. 2. Ir aumentando; aumentar pouco a pouco; prosperar. 3. Ter progresso (3 a 5); fazer progresso; evoluir, evolver, evolucionar, desenvolver-se. 4. Tornar-se mais intenso (um mal); agravar-se. T.i. 5. Estar em progresso; desenvolver-se, adiantar-se". FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 531.
"Desenvolvimento. S.m. 1. Ato ou efeito de desenvolver (-se). 2. Adiantamento, crescimento, aumento, progresso. 3 Estágio econômico, social e político de uma comunidade,caracterizado por altos índices de rendimento dos fatores de produção, i.e., os recursos naturais, o capital e o trabalho. [...]". Ibid., p. 211.

[239] Segundo José Afonso da Silva, a evolução Político-Constitucional do Brasil ocorreu em três fases: Colonial, Monárquica e Republicana, na qual está inserida a Constituição Federal de 1988. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69-90.

inserido. A cada nova Constituição[240] promulgada ou outorgada, percebemos que o Estado assume um novo delineamento, podendo, inclusive, "um" Estado de Direito suceder a "outro", tal como ocorreu, em 1988, na transição do regime ditatorial militar para o atual modelo democrático.

O legislador constituinte originário enunciou, já no preâmbulo da CF/88, como elemento formal de aplicabilidade a instituição de um Estado democrático de direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Essa opção em adotar o princípio democrático é reafirmada no artigo 1º do texto constitucional, que o estabelece como fundamento do Estado brasileiro. O emprego do termo "democracia" como qualificativo de "Estado" possibilita a irradiação dos seus efeitos sobre todos os componentes constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica estabelecida, que a recebe como componente de transformação do *status quo*[241]. Por ser impossível afirmar o princípio democrático sem permitir que o Direito, por ele imantado, se enriqueça do sentir popular e se ajuste ao interesse coletivo[242], a CF/88 abre perspectivas para a sua concretização em um Estado de Direito com função prospectiva de modificação social através do império da lei comprometida com o ideal de justiça social.

Miguel Reale[243], remetendo à leitura dos Anais da Constituinte, infere que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito. A locução, "democrático de direito", expressaria então o entendimento de que "o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo". Em última análise, o adjetivo qualifica um Estado de Direito e da Justiça Social, porquanto projeta-se antes a concretizar valores sociais do que meramente declará-los.

Faz-se imperioso para o presente estudo apontar os contornos principais do Estado Brasileiro que, por suas peculiaridades, revela um Estado Constitucional de Direito *sui*

---

[240] O histórico das Constituições brasileiras é composto pelos seguintes documentos: (1) Constituição Política do Império do Brasil de 1824; (2) Constituição da República Federativa do Brasil de 1891; (3) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934; (4) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937; (5) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946; (6) Constituição do Brasil de 1967, alterada significativamente pelo Ato Institucional n.5, de 13 de dezembro de 1968, e pelas Emendas Constitucionais n.1/69 e 2 a 27; (7) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cf. COMPANHOLE, Adriano; COMPANHOLE, Hilton Lobo (org.). **Constituições do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

[241] José Afonso da Silva afirma que "A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas reunir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo [...] o Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo [...]". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 119.

[242] Ibid., p. 119.

[243] REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2.

generis. Dentre as notas distintivas que podem ser apresentadas, encontramos os fundamentos deste Estado, que são elencados no artigo 1° da CF/88, a saber: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V). Pela leitura dos dispositivos retro, é possível traçar as características ou estruturas fundantes deste Estado[244]: a autodeterminação do povo brasileiro em relação às demais nações do mundo (incluindo com isso a noção de salvaguarda de seus interesses e identidade cultural), o respeito à pessoa humana em sentido universal (tornando o homem "valor fonte" de todos os valores), a desestatização da economia e a vedação de qualquer forma de totalitarismo ou implantação de um sistema único partidário. Não bastasse o elenco retro, ficou ainda estabelecido no parágrafo único do artigo 1° da CF/88 que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes por ele eleitos. A partir dessa afirmação, dota-se o povo como titular legítimo do poder político. Eis, pois, nossa democracia.

De fato, como bem esclarece Elton Venturi[245] em seu estudo sobre processo coletivo, o legislador constituinte não economizou esforços para conferir ao princípio democrático uma suprema importância. Isto porque notamos logo no início do texto constitucional vários dispositivos que remetem a conotação da democracia, são eles: a qualificação do Estado brasileiro como democrático de direito (art.1, *caput*), a titularidade do poder ao povo que implica na concretização formal da democracia (art.1, §único) e o elenco dos objetivos fundamentais da República Federativa brasileira (art.3) que concretiza substancialmente a democracia. Venturi explica que essa insistência em afirmar o princípio democrático seria uma tentativa de implementar uma revolução do Estado Social, característica de nações que buscam amenizar as mazelas do subdesenvolvimento. No entanto, ainda na dicção do autor, infere-se um distanciamento entre tal discurso democrático e a realidade institucional, pois um Estado não se torna democrático de direito só porque assim o declara a sua Constituição.

Entendemos que a democracia se verifica mais pela existência e funcionamento de instituições democráticas do que por mera disposição legal. Nesse sentido, muito importante é a concretização da cidadania e dos direitos fundamentais, como pressupostos, que são, para a exteriorização da vontade popular, o estabelecimento de diálogo entre idéias diferentes, a

---

[244] REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.
[245] VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 96-103.

consideração das especificidades das minorias, a promoção dos direitos humanos (mormente aqueles positivados no texto constitucional), e, assim, a consubstanciação da democracia[246].

Um Estado assim qualificado adquire um papel promocional, ou seja, o próprio Estado deve intervir como agente fomentador de todo e qualquer interesse referente à cidadania e à democracia. A postura que se espera deste modelo estatal é então aquela prospectiva, no sentido de funcionar como catalisador da projeção daqueles direitos ou interesses afetos aos direitos fundamentais e a cidadania, para, assim, permitir a irradiação de seus efeitos sobre a democracia.

Imantado desses interesses, indaga-se: como a atuação estatal e a própria configuração do Estado pode servir para a satisfação desse desiderato?

Esse questionamento, em certa medida, foi anteriormente formulado por José Eduardo Campos de Oliveira Faria na década de 80, por ocasião da defesa de sua livre docência no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, momento no qual debateu as contradições da democracia liberal e suas implicações jurídicas, nos seguintes termos: "como é possível, ao homem comum, problematizar as informações recebidas ao nível das obrigações jurídicas-políticas, ordenando-as numa ação transformadora da realidade?"[247].

Em seus estudos, Faria[248] contextualiza as temáticas da cidadania e justiça nas crises de legitimação do Estado capitalista. Segundo o autor, o Estado (burguês) orientou-se no sentido de sistematizar medidas necessárias para ajustar os diferentes papéis que o setor público exerce, com a finalidade de evitar perturbações no processo econômico. É impossível discorrer sobre o Estado de Direito sem abordar os reflexos da dominação que instrumentaliza. Se por um lado vivemos em uma democracia, por outro convivemos com uma realidade social paradoxal, antidemocrática, de irrefutável existência. Afirmamos um Estado Social sem nos atrever a arcar com os custos dessa afirmação. Arrolamos direitos que não conseguimos tutelar, tornando inócuas inúmeras previsões obrigacionais[249].

---

[246] "De fato, um Estado não se torna *Democrático de Direito* só porque assim reza a sua Lei Maior ou porque constitui a *vontade* do seu povo. Uma tal qualificação só pode ser concretamente ostentada na medida em que, para além de estar fundado em um ordenamento jurídico legítimo do ponto de vista social e constitucional, apresente o Estado estrutura e organização administrativa, legislativa e jurisdicional aptas à efetivação dos objetivos acima referidos, em especial dos direitos fundamentais individuais e sociais." VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 97. (grifo do autor).

[247] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 3.

[248] Ibid., p. 239 e 243.

[249] Ibid., p. 244. "O maior problema, porém, é que essa estratégia vai, no tempo, suscitando novas crises de legitimação, uma vez que as crescentes necessidades de recursos essenciais á implantação de programas sociais fazem com que o Estado se veja obrigado a elevar os níveis de burocratização e tributação".

Como foi afirmado inicialmente, nosso objetivo é investigar a efetividade dos direitos coletivos, que entendemos pertencer à categoria de direitos humanos ou fundamentais. Por essa razão, analisaremos a temática a partir da teoria geracional de direitos humanos e problematizaremos a questão do acesso efetivo à justiça. Tradicionalmente, o desafio do acesso á justiça é encarado sob o ponto de vista de litígios individuais e, no mínimo, incursos em um Direito estatizado. Agrava o fato de que os obstáculos do direito de acesso são importados da doutrina italiana sem que, com isso, fosse estimulada uma pesquisa nacional comprometida com os obstáculos brasileiros do direito de acesso. Feitas essas constatações iniciais, iniciamos nossa tentativa de explorar o tema.

1.3 Os direitos fundamentais na teoria geracional dos direitos humanos: a problemática do acesso efetivo à justiça

O afloramento de uma nova realidade transindividual revela a fundamentalidade de se viabilizar uma alteração da prestação jurisdicional, sob pena de, não o fazendo, jazer inerte toda a gama de interesses coletivos.

É preciso ter em mente que o surgimento de uma sociedade de massa propicia o surgimento de novas relações, mais complexas que as individuais, assim como também ocasiona a ocorrência de um novo tipo de conflito: *as violações em massa*[250], até então desconhecidas. Nesse contexto, ocorre uma metamorfose inevitável, transformação essa indicada por muitos autores como verdadeira no campo do Direito Judiciário Civil: o direito se adéqua (ou deveria fazê-lo) à transformação social e estrutural do Estado. Norberto Bobbio aponta para o afloramento geracional dos direitos humanos, os quais emanariam da realidade social conforme o desenvolvimento natural e inevitável das relações travadas na mesma. Nota-se, com isso, a sustentação da tese de que as alterações sociais incidem sobre o direito, transformando-o. A atividade jurisdicional prestada pelo Estado, assim como o próprio direito, é, pois, também passível dessas modificações.

---

[250] Terminologia utlizada por Mauro Cappelletti. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo,** São Paulo, v.130, n.5

> No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: a relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...]
> Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [251]

No século XX ocorre o desenvolvimento teórico e prático dos direitos humanos em duas direções, quais sejam: a universalização e a multiplicação. Observamos o fenômeno da multiplicação de direitos com a proliferação, em termos quantitativos, de novos bens e interesses jurídicos. Segundo Bobbio, essa proliferação se desenvolve em três gerações, as quais correspondem, respectivamente, aos valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade, sendo possível, no atual estágio da sociedade e do direito, falar-se até mesmo na existência de uma quarta geração de direitos, "referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético"[252]. O segundo movimento dos direitos humanos é no sentido de sua universalização. Seguindo essa proposta, nosso estudo se dedica à análise dos direitos encartados como de terceira geração, os quais remetem ao valor de fraternidade, expressando, pois, o valor de solidariedade, que decorre de uma atuação social coletiva, típica do Estado Pós-Social, com o incremento das relações humanas. É a constatação de que o ser humano está inserido numa coletividade. Mas prever direitos significa pouco. Cumpre efetivá-los.

Essa teoria geracional dos direitos humanos não é imune a críticas. Assim como a tipologia dos direitos coletivos pretendeu, em um primeiro momento, ser didática, também o tencionou a categorização dos direitos humanos, contudo, notamos que sua consolidação enquanto teoria ou doutrina acabou contribuindo para a afirmação de uma cultura anestésica de direitos humanos, de tez pós violatória e fictícia.

---

[251] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Ed. UNB, 1994. p. 4-5.
[252] Ibid., p. 4.

1.3.1 Da anestesia à sinestesia

A neutralidade científica, no âmbito das ciências sociais aplicadas, é um mito que não tencionamos nutrir. A presente análise pretende desmistificar essa premissa para melhor compreender o atual tratamento dos direitos humanos (inclusive aqueles de tez transindividual). Para tanto, adotaremos a perspectiva jurídico-social libertadora e latino-americana de David Sánchez Rubio[253], com quem tivemos a oportunidade de dialogar.

O jurista sevilhano defende uma perspectiva crítica e emancipadora, que considera que a visão geracional encerra um discurso ideológico, entendido em sentido negativo, que encobre e justifica uma dominação social, tornando-a natural e normatizante. Explica[254]:

> *La posición más conservadora suele cuestionar la existencia de varios tipos secuenciales de derechos humanos porque defiende que únicamente hay un contenido básico o bloque mínimo de derechos, independientes de los procesos históricos y sus condiciones sociales de producción. La defienden quienes parten de una perspectiva iusnaturalista clásica y también ciertas posiciones liberales individualistas. Colocan a los derechos individuales, o de primera generación, como los únicos derechos universales y válidos, siendo los verdaderamente originarios. Por ello consideran que hay una incompatibilidad natural y racional entre los derechos de libertad o individuales y el resto de pseudo-derechos que se clasifican como segunda y tercera generación. Incluso estos puede ser percibidos como una amenaza para los primeros.*

Na verdade, essa linha de pensamento revela um desdobramento da teoria imanente e relacional de direitos humanos concebida por Joaquín Herrera Flores[255], que questiona o tripé jusnaturalista e liberal do sistema de garantias moral, transcendental e linear. Pela garantia moral, assenta-se, em nível universal, a existência de uma ordem de bens (direitos individuais e de propriedade) cuja supremacia é propalada como inconteste, a despeito dos contextos e práticas sociais reais. A garantia transcendental indica a proeminência de uma esfera que é indiferente às intervenções humanas. Quanto à garantia liberal ou progressista, considera-se a pré-existência do bem, construído em um plano ideológico, no qual o mundo é pressuposto

---

[253] RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: Ed. EDUNISC, 2010. (Direito e sociedade contemporânea).

[254] RUBIO, David Sánchez. Sobre el concepto de historización y una crítica a la visión sobre las (de)-generaciones de derechos humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 10.

[255] FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

como homogêneo, único[256]. Essa tradição liberal repercute no pensamento e nas instituições ocidentais, que acabam por forjar direitos humanos em um plano abstrato, simplista, estreito e reduzido. Explica David Sánchez Rubio:

> *Considero que la idea de derechos humanos oficialmente aceptada y que está más generalizada en la cultura tanto de las personas de la calle, como en el ámbito de los operadores jurídicos y de los teóricos de la academia, provoca cierta indolencia, docilidad y pasividad, además de que consolida la separación, tradicionalmente reconocida, entre la teoría y la práctica. Tengo la impresión de que derechos humanos son como una especie de traje o vestido, con chaqueta y corbata que se tiene que poner todo el mundo, incluso aquellos hombres y mujeres que no necesitan usarlo porque tienen otra forma de concebir la ropa o porque sus cuerpos o figuras no encajan en ese molde. Asimismo, la visión de derechos humanos como derechos de primera, segunda y tercera generación sirve para reforzar un imaginario excesivamente eurocéntrico y lineal que, aunque posee sus virtualidades y elementos positivos, acaba por implantar una cultura excesivamente anestesiada y circunscrita a una única forma hegemónica de ser humano: la propia desarrollada por Occidente en su trayectoria y versión de la modernidad burguesa y liberal.*

Os direitos humanos, sejam eles entendidos em sentido amplo (teoria), seja no sentido estrito (positivação em nível universal, mundial, transnacional ou nacional), acabam por contribuir para o distanciamento entre a teoria e a prática de direitos humanos, pois são concebidos sob uma ótica pós-violatória e, principalmente, de modo destonado ou destacado da realidade em que se inserem. Pretender valores universais como mínimos é ignorar outros valores culturais que minimamente deveriam ser resguardados dentro de cada manifestação humana, normativa ou cultural. É dizer: ao estabelecer gerações de direitos humanos, padroniza-se uma realidade em nível abstrato e menospreza-se a realidade, o fato do pluralismo jurídico, o que acaba prejudicando não só o reconhecimento de outras normatividades, mas, sobretudo, contribuindo para a precarização dos direitos, do homem e do Direito.

---

[256] "*a) La garantía moral señala que existe un "bien" (los derechos individuales y de propiedad) que está por encima de todo y desde el cual es posible juzgar cualquier contenido de la acción social. Los derechos humanos son unos productos ideológicos que proceden de un deber ser que parece ser inevitable y universal, sin necesidad de acudir a los contextos y las prácticas reales de la gente; b) La garantía trascendental indica la existencia de una esfera ajena a las intervenciones humanas que posibilita el despliegue de ese bien moral por entre los posibles contenidos de la acción moral (ya sea esa esfera denominada Libertad, Propiedad Privada, Derechos Individuales, Historia, Razón, Dios o Comunismo); c) Por último, la garantía, que yo denomino lineal y progresiva, considera que al existir un bien previo a cualquier acción social y una esfera trascendental que posibilita su despliegue ineluctable, la concepción idealizada de derechos humanos contempla el mundo como algo único, homogéneo, sin fisuras (inmovilizado en los derechos individuales y de libertad). Se ven los derechos humanos como un proceso lineal y homogéneo con un concreto origen histórico que se pierde en las edades oscuras y que, finalmente, concluirán en un final ya predeterminado desde el principio. Cualquier generación posterior o no son derechos o sólo representan un apéndice de los originarios*". RUBIO, David Sánchez. Sobre el concepto de historización y una crítica a la visión sobre las (de)-generaciones de derechos humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 11.

David utiliza a metáfora do "espelho" para trilhar um caminho possível (necessário) para a efetivação dos direitos humanos: podemos, enquanto construtores do Direito, prostrar-nos frente ao espelho e sermos observadores de nossos próprios defeitos ou, ao contrário, podemos adotar uma postura estéril, anestésica, e deixar que o espelho se faça uma totalidade que pretenda refletir uma realidade que sequer existe.

> Sendo processos e fruto de processos, quanto mais importantes forem, mais possibilidades terão de adquirir uma vida independente. Neste instante, ao invés de ver-se uma sociedade refletida no espelho é o espelho que pretende que a sociedade o reflita. De objeto para olhar e transformar o mundo passa a ser o próprio olhar que detém e congela a realidade. O espelho a substitui. Inclusive passa a ser um supersujeito onde já ninguém se reconhece. Provoca uma desorientação social e se converte em uma estátua. A sociedade não chega a conhecer-se nela porque um olhar vazio e opaco, cego que, com vida própria, trata de olhar a si mesma, aos pés que a sustentam. Cambaleia, se desequilibra e cai[257].

Acompanhamos Helio Gallardo quando afirma que direitos humanos fazem referência a, pelo menos, cinco elementos: luta social, reflexão filosófica ou dimensão teórico-doutrinária, reconhecimento jurídico positivo e institucional, eficácia e efetividade jurídica e sensibilidade sociocultural. A partir dessa ótica, enxergamos uma postura sinestésica de direitos humanos, com o qual os vários sentidos contribuem para o reconhecimento dos mesmos. São práticas desenvolvidas em vários níveis de cognição e várias realidades concomitantes, que fazem emergir uma realidade submersa pelo liberalismo. Afinal, "Direitos humanos guardam mais relação com o fazemos em nossas relações com nossos semelhantes"[258]: de nada adianta declarar direitos se os mesmos não correspondem aos anseios sociais e culturais dos seus destinatários. De nada adianta uma teoria que não seja aplicável e, tampouco, adianta existir um direito que não se concretiza.

Entendemos que a tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos pode contribuir para o despertar do construtor do direito e reviver os sentidos até então adormecidos. O direito processual coletivo contribui para o despertar da anestesia e reconhece um pluralismo sinestésico. Esse entendimento só é possível a partir da problematização da questão do acesso à justiça, cuja nuance coletiva é derivada.

---

[257] RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. (Direito e sociedade contemporânea). p. 25.
[258] Ibid., p. 18.

1.3.2 O desafio do acesso à justiça

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra "Acesso à Justiça"[259], dedicam-se ao estudo do significado de um direito ao acesso efetivo à justiça, a partir da problematização dos obstáculos a serem transpostos.

> Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.

Dentre os obstáculos identificáveis (recursos financeiros, aptidão em reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa) há uma determinada ordem particular aos interesses difusos ou coletivos. Segundo Cappelletti e Garth[260]:

> Interesses "difusos" são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.[261]

É nesse sentido que Cappelletti e Garth conceberam a denominada segunda onda de acesso à justiça, que, por seu turno, corresponde a representação dos interesses difusos.

---

[259] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 15.

[260] Ibid., p. 26.

[261] Ibid., p. 26-27. "Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas – ou nenhuma – terão qualquer interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimação ativa (o que é freqüentemente um problema), eles estão em posição análoga á do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é anti-econômica. Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Consequentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente par obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir em sua conduta. A conexão de processos é, portanto, desejável – muitas vezes, mesmo, necessária – não apenas do ponto de vista de Galanter, senão também do ponto de vista da reivindicação eficiente dos direitos difusos".

Essa segunda onda renovatória de acesso à justiça forçou a reflexão sobre noções tradicionais do processo civil e, inclusive, o papel dos tribunais, e porque não, também, dos próprios operadores do direito. Os estudiosos afirmam ocorrer uma verdadeira "revolução" dentro do processo civil.

> 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 as 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[262].

No mesmo sentido, Elton Venturi[263] atesta a ocorrência de uma "revolução paradigmática" no bojo do processo civil:

> A implementação do sistema de tutela jurisdicional coletiva no Brasil, muito mais do que representar um aperfeiçoamento das técnicas de acesso á justiça, caracteriza verdadeira revolução científica no campo do processo civil, na medida em que desafia a descoberta de novos princípios, métodos e objetivos operados por via das ações coletivas.

Não se está aqui a discutir a mera adição de técnicas àquelas preexistentes, senão, a virtual transformação dos referenciais técnicos, políticos e ideológicos que até então alicerçavam o processo civil individual[264]. Ora, se o processo civil fora concebido à luz do paradigma da modernidade de afirmação dos direitos e garantias individuais, o processo coletivo atende à uma tendência pós moderna de afirmação da dignidade da pessoa humana e efetivação do acesso à justiça coletiva. Impossível, pois, não questionar o referencial ideológico liberal individualista vigente. Diante referidos paradigmas, que se apresentam hegemônicos, indagamos: terá o direito contornos exclusivamente retóricos na efetivação dos direitos fundamentais? Podemos romper com esses paradigmas?

---

[262] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 49-50.
[263] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24.
[264] Recorrendo à lição clássica de Thomas Kuhn sobre a compreensão do momento atual vivenciado na implementação de uma nova tutela jurisdicional: "É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma. Bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área dos estudos, de seus métodos e de seus objetivos". KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 116.

Robert Alexy[265] em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" nos estrutura as normas de direitos fundamentais, tentando resolver o problema de sua aplicabilidade, mas não aponta a "solução", pretensa que seja, para contornar sua baixa efetividade. Se os direitos estão declarados, urge efetivá-los, para que os mesmos não cumpram função meramente mistificadora em nossa sociedade e restem, tais como letra morta, sem eficácia.

Os direitos fundamentais não cumprem o papel de emancipadores da sociedade, não são uma expressão democrática. São direitos e teoria de caráter diminuto, que maximizam o pilar da regulação e desequilibram, enquanto pilar, o paradigma da modernidade. Paulatinamente presenciamos um Judiciário, um Direito, um Estado e uma Sociedade cooptados por valores e interesses de mercado. E mais. Os direitos acabam sendo concebidos em um plano abstrato, platônico, e acabam não se conformando à realidade. Vivemos um Direito que não se realiza. Estudamos uma teoria que não se aplica. Afirmamos uma fundamentalidade que não se efetiva.

Consideramos que fundamental seria um adjetivo a qualificar um Direito que se demonstrasse emancipatório, um Estado que se realizasse democraticamente, uma democracia que se exercesse participativamente, uma regulação que se efetivasse na realidade e uma teoria que não se esgotasse em retórica. Imbuídos desse espírito crítico, ou ao menos aguçado, passemos a discorrer sobre os princípios do direito processual coletivo, entendendo que através deles instrumentaliza-se um a efetivação dos direitos fundamentais.

O resgate da potência originária da tutela e dos direitos ou interesses coletivos vai ao encontro desse embate, pois maximizam a realização dos escopos da tutela jurisdicional coletiva. Elton Venturi diferencia os referidos escopos em: aspirações jurídicas (transformação da técnica processual para a atuação dos direitos metaindividuais); aspirações sociais (pacificação e afirmação da cidadania); aspirações econômicas (otimização da atividade jurisdicional e a desoneração do acesso á justiça); e aspirações políticas (redimensionamento das relações entre o Estado e os cidadãos, e das funções do Judiciário).

A efetivação destes escopos depende, necessariamente, da previsão de técnicas judiciais e promocionais adequadas à realidade que logram atender.

---

[265] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

1.3.3 O acesso à justiça coletiva como direito humano fundamental

O estudo da temática do acesso à justiça, ou à ordem jurídica justa, advém da necessidade de salvaguardar os interesses dos jurisdicionados, sejam eles individuais ou coletivos, principalmente no tocante àquela ordem de direito que confere cidadania ao indivíduo ou grupo, tornando-a eficaz ou concretizando-a.

Segundo um breve resgate histórico, inicialmente, como herança do civilismo romano, o processo era tido como um mero procedimento, uma sucessão de atos, e a ação como uma extensão do direito material lesado. Havia uma verdadeira confusão entre os planos materiais e substanciais, levando a doutrina a denominar esta fase de sincretismo ou civilismo processual, que durou desde o direito romano até o final do século XIX.

Posteriormente, por volta do ano de 1868, na Alemanha, Oskar Von Bülow inaugurou o chamado processualismo científico, que pregava a autonomia do processo em relação ao direito material, seguindo a tendência francesa que, desde o início daquele século (1806), na época das codificações napoleônicas, já havia promulgado sua legislação processual autônoma. Esta fase do Direito Processual é denominada de autonomista e se fundamenta na separação das relações jurídicas material e processual.

A partir da metade do século XX, surge na Itália uma nova etapa dessa evolução, como reação ao excesso de autonomia atribuída ao processo. É o instrumentalismo processual que atribui certa funcionalidade ao processo, ou seja, defende que ele tem uma meta a ser cumprida, qual seja, a efetividade do direito material envolvido, não podendo suas formas solenes prevalecer em detrimento do direito substancial da parte, sob pena de inviabilizar o acesso à Justiça.

Pois bem. Nessa linha, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth definiram três ondas renovatórias dessa nova fase processual. A primeira representa o acesso à Justiça aos necessitados, através da assistência jurídica e da justiça gratuita, no Brasil, instituídas pela Lei n.1.060/50 e pela criação da Defensoria Pública. A segunda onda representa a tutela coletiva dos interesses difusos e coletivos, com inovações na legitimidade ativa e nos efeitos da coisa julgada, com reflexos aqui através da Lei da Ação Popular e Lei da Ação Civil Pública. A terceira onda renovatória visa a atribuir maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional, através de institutos de antecipação do provimento, a mitigação dos recursos e dos meios de

impugnação e a concentração dos ritos processuais[266]. Portanto, o acesso à Justiça passa a ocupar lugar de destaque nos estudos e nas aspirações da doutrina processualista em todo o mundo.

Pois bem. O acesso à Justiça rápida e imparcial é ideal perseguido há muito pelo homem, podendo, inclusive, remontar à Antiguidade, quando então a preocupação da aplicação da Justiça cingia ao campo especulativo da Moral e da Ética, e também à célebre Magna Carta[267], de João Sem Terra (1215), quando então reivindicava-se a garantia de direitos individuais frente ao Estado absoluto. No entanto, o conceito de direito de acesso só pode ser compreendido efetivamente a partir da criação do Estado de Direito, ocorrida no contexto da Revolução Francesa (1789), e mais especificamente a partir da inserção de direitos humanos fundamentais dentro dos sistemas jurídicos e, notadamente, a partir de sua previsão constitucional.

O acesso à Justiça como direito fundamental é reconhecimento de concepção recente, surgido na década de 60 na Europa e, posteriormente, desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na década de 70, quando, em 1978, aqueles concluíram o relatório do *Florence Project*, financiado pela *Ford Fundation.* Em seus estudos[268], Cappelletti e Garth analisam o significado de um direito ao acesso à justiça a partir do questionamento dos obstáculos que podem e devem se atacados para possibilitar sua efetivação. Em linhas gerais, os estudiosos identificam que tais obstáculos, muitas vezes interrelacionados, tange às custas judiciais, às possibilidades das partes e à problemas especiais dos interesses difusos, o que revela, respectivamente, a existência de fatores de natureza econômica (pobreza, acesso à informação e representação adequada), organizacional (interesses de grupo de titularidade difusa) e procedimental (instituição de meios alternativos de resolução de conflitos).

Uma vez identificados os problemas, Cappelletti e Garth indicam as soluções práticas que, segundo eles[269], são proposições básicas aplicáveis ao menos nos países do mundo Ocidental. Tais soluções seriam identificadas como "ondas renovatórias de acesso à Justiça", em expressão muito difundida e mundialmente aceita, as quais refletiriam os esforços no garantir assistência judiciária aos pobres (primeira onda), a representação dos

---

[266] No Brasil, esta onda é muito facilmente identificada com a tutela antecipada (Lei 8952/94), com a previsão de medidas executivas nas sentenças mandamentais (artigos 461 e 461-A alterados e instituídos pela Lei n. 10.444/02), pelas alterações do recurso de agravo (Lei n. 11.187/05), pela improcedência prima face em ações repetitivas (Lei n. 11.277/06, que cria o artigo 285-A do CPC), pela instituição do cumprimento de sentença (Lei n. 11.232/05).

[267] Destacamos a cláusula 29 da Magna Carta ao prever que "Nenhum homem livre deverá no futuro ser detido, preso ou privado de sua propriedade, liberdade ou costumes, ou marginalizado, exilado ou vitimizado de nenhum outro modo, nem atacado, senão em virtude de julgamento legal por seus pares [júri popular] ou pelo direito local. A ninguém será vendido, negado ou retardado o direito à justiça". **Magna Carta.** Tradução livre. Disponível em: <http://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizen_subject/transcripts/magna_carta.htm>. Acesso em: 23 jul. 2011.

[268] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 15.

[269] Ibid., p. 31.

interesses difusos (segunda onda) e o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, ou seja, o enfoque à efetividade do processo (terceira onda).

Nossa análise vislumbra o processo coletivo sob aspirações da terceira onda renovatória, enfocando o procedimento comum coletivo sob o prisma da efetividade, perspectiva esta que reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo do litígio, afinal:

> Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia (…) Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões *coletivas ano quanto individuais*. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes[270]

Nossa análise toma ainda por foco de preocupação a reflexão sobre os direitos coletivos em sentido amplo[271]**.** Cappelletti e Garth chegam mesmo a afirmar a ocorrência de uma verdadeira revolução no bojo do processo civil, querendo com isso dizer que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos[272], e o processo era visto como "assunto de duas partes" [273].

Atualmente, estuda-se outra hipótese do direito ao acesso à justiça, enfoque este denominado pela magistrada pernambucana Higyna Bezerra como "quarta onda" renovatória do acesso à Justiça. Trata-se de discussão inserida na temática participação e processo, identificado como "Gestão Judiciária", em que a função do juiz assume novas proporções, qual seja, a de gestor, que se preocupa não só em sentenciar e despachar, mas, sobretudo, em entregar uma prestação jurisdicional eficiente e efetiva. Esta nova onda renovatória demanda uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, sejam eles defensores dos interesses das partes diretamente envolvidas, sejam eles outros exercentes de funções essenciais à administração da justiça. O ideal de gestão judiciária requerer a adoção de uma postura

---

[270] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 71-72. (grifo do autor).

[271] Difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

[272] Em Cappelletti e Garth "direitos difusos" identifica-se com a nossa compreensão de direitos ou interesses coletivos lato sensu. É que a categorização dos direitos coletivos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, tal como apresentada pelo artigo 81 do CDC, só existe no Brasil. Em outros ordenamentos, "direitos difusos" designa o fenômeno da coletivização de direitos.

[273] Ibid., p. 49.

criativa do juiz que não espera alterações externas, administrativas ou legislativas, para aprimorar a excelência da prestação jurisdicional e o acesso a uma ordem jurídica justa.

Danielle Annoni, estudando o acesso à justiça no Brasil como direito humano fundamental, analisa o papel do Estado de Direito na positivação dos Direitos Humanos. A percepção desse movimento histórico é por ela exposto no seguinte quadro sinóptico:

Quadro 9 – Evolução do Estado de Direito e positivação dos direitos humanos

ESTADO LIBERAL	ESTADO SOCIAL	ESTADO CONTEMPORÂNEO
Reconhecimento de Direitos Civis e Políticos, ou Direitos de 1ª Dimensão	Reconhecimento de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ou Direitos de 2ª Dimensão	Reconhecimento de Direitos Difusos e Coletivos, ou Direitos de 3ª Dimensão
Rege-se pela metáfora do indivíduo ou individualismo. Exalta o humanismo racionalista.	Rege-se pela metáfora do Estado providência. O papel do Estado é prestar assistência social.	Rege-se pela metáfora da Sociedade Arco-Íris: Pluralista, Multifacetada. O papel do Estado é implementar ações de inclusão social.
Exalta o ideal de Liberdade. Os direitos são apenas instrumentos de limitação ao poder estatal.	Exalta o ideal da Solidariedade. Os direitos são reivindicados como patrimônio dos cidadãos. A idéia de exclusão social parte do conflito entre capital e trabalho.	Exalta o ideal de fraternidade, do respeito à diferença e o combate à discriminação.
Dá origem ao Estado Laico, ao Estado Constitucional e ao Estado democrático de direito . Exalta a legitimação política por meio da participação popular.	Consagra o Estado paternalista, o *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social).	Não apresenta modelo definido. É chamado por alguns governos (UK, EUA, Brasil) de Estado Neoliberal. Busca concentrar os ideais de liberdade e solidariedade. Visa combater a padronização, a normalização e a homogeneinização.
Modelo de Estado característico do século XIX.	Modelo de Estado característico do século XX.	Modelo de Estado característico do século XXI.
A igualdade é meramente formal.	Luta-se pela igualdade material. No campo do acesso à justiça surgem os mecanismos de prestação judiciária às pessoas carentes.	Igualdade total. Reconhecimento, respeito e inclusão dos diferentes (não apenas a tolerância de sua existência).
Há a separação entre Estado e Sociedade.	Há abolição fática da separação entre Estado e Sociedade e inicia-se a organização das instituições públicas para a prestação de serviços públicos.	Há a instituição de ações afirmativas.

Fonte: ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p.69.

A jurista relaciona os fatores acessibilidade, tempo e direito:

> O Estado pressionado a reformular suas instituições jurídico-políticas, passou, então, a empreender reformas a fim de atender aos novos direitos e, conseqüentemente, os novos sujeitos de direitos, em suas demandas coletivas e difusas. Dentre suas preocupações mais legítimas encontram-se a prestação jurisdicional estatal e a ampliação do direito ao acesso das garantias processuais e dos mecanismos que tornem eficazes ao indivíduo, e a toda comunidade, a cessação da violação do direito e/ou a sua reparação. [...]
> Pensar no tempo como elemento distante do ser humano parece algo absurdo. Pensar nele, contudo, como uma criação do humano soa ainda mais improvável. […] A noção de tempo […] está diretamente ligada a uma sucessão de fases, ao percurso espacial de determinado evento ou objeto e, ainda, à duração ou prazo estabelecido por determinado grupo, no intuito de organizar-se. O processo, por conseguinte, coaduna da mesma referência, qual seja, a sucessão de fases no decorrer do tempo. O tempo, portanto, é elemento imprescindível ao processo, é o que lhe confere dinâmica e movimento[274].

Inserido em um contexto de positivação do Direito, em que a idéia de direito é compreendida enquanto decisão[275], o processo é o elemento de mediação entre as expectativas sociais e a regulação ofertada pelo Estado. "No âmbito do conflito, o que importa determinar é o desempenho da atividade jurisdicional, ou seja, em que lapso temporal se dirá o direito, ou ainda, quanto tempo levará para que se faça justiça" [276].

É claro que não se está, aqui, defendo a celeridade irrestrita do processo. A razoável duração do processo deve ser tal que permita o amplo exercício das garantias constitucionais, mas também deve ser tal que permita o efetivo gozo do direito judicializado. Em se tratando de tutela coletiva, a questão do tempo e processo alcança flúvios de maior fundamentalidade. Por remeter a uma gama de direitos, cuja titularidade é ou difusa ou não definida (justamente por pertencer a todos ou coletividade determinada), o cuidado procedimental e processual deve ser redobrado, sob pena de, não o sendo, violar ou acarretar lesões à um sem número de pessoas e, pior, de um direito ou interesse de irreparável ou difícil reparação.

Assim, até mesmo procedimentos que nas ações individuais se justificam pela aceleração do processo, muitas vezes perdem a razão de ser nas demandas coletivas. Para exemplificar nosso posicionamento, discorreremos sobre a não aplicação do julgamento por amostragem, então vigente no processo civil.

---

[274] ANNONI, Daniela. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 183 e 193.

[275] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ANNONI, Daniela. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 194 et seq.

[276] ANNONI, Ibid., p. 194.

O artigo 543-C do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.672 de 08.05.2008, inova ao dispor que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos seguintes termos:

> §1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior tribunal de Justiça.
> §2º Não adotada a providência descrita no §1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

O supracitado artigo segue dispondo outros parágrafos, não menos importantes, contudo, nos deteremos a analisar os parágrafos 1º o 2º, pois entendemos que funcionam como medidas de aceleração e economia processual.

O desiderato do artigo e parágrafos é, de fato, realizar julgamento por amostragem. Pois bem. O julgamento por amostragem revela uma preocupação hodierna do Judiciário brasileiro: evitar decisões contraditórias, conferir maior celeridade ao andamento dos feitos judiciais e efetivar uma economia processual. Nesse sentido, busca-se realizar o máximo de atos processuais através do mínimo possível de tempo e recursos (materiais e de pessoal). Ocorre que em se tratando de processos coletivos, estes anseios já são atendidos, mormente quando nos referimos à elisão de decisões contraditórias. Nota-se que desde a origem, com a propositura da ação coletiva, este escopo baliza o andamento processual. Em outras palavras, a demanda já se apresenta originariamente coletivizada. Nesse sentido, em que medida o art.543-C do CPC é aplicável em ações coletivas?

Se considerarmos a proposta de criação de um cadastro único nacional de inquéritos civis e de demandas coletivas (PL n. 5.139/09), essa medida de julgamento por amostragem resta ainda mais vazia de justificação na tutela coletiva (se a intenção do cadastro é elidir a propositura de mais de uma demanda coletiva versando sobre o mesmo objeto, cremos que, em um futuro próximo, não haverá ações coletivas "repetidas", não havendo, portanto, motivo aparente que justifique o julgamento por amostragem dessa espécie de processo). A celeridade processual é requisito desejável e necessário para a prestação jurisdicional, mas entendemos que suas nuances nos dissídios individuais e coletivos são diversas, havendo mesmo a necessidade de repensar referido princípio à luz do direito processual coletivo.

1.3.3.1 Instrumentos de acesso à justiça coletiva na constituição federal de 1988

Nesse momento, enfocaremos nosso estudo sobre a instrumentalização constitucional do acesso à justiça coletiva.

A CF/88 possui ao menos dois tipos de normas jurídicas: materiais e processuais. As normas jurídicas materiais fornecem parâmetros ao Direito para realização do controle da conduta intersubjetiva, e as normas jurídicas processuais visam estabelecer condições para que tais parâmetros tenham congruência com os seus valores e princípios, seja no plano abstrato ou no plano concreto, para que possam ser efetivados[277].

Essa ordem processual de normas jurídicas possui feições peculiares quando inseridas na temática da tutela constitucional do processo. Aliás, esse tema é objeto de estudo constante, sendo que pelo menos três autores merecem ser destacados por trabalharem com rigor a problemática: Nelson Nery Junior, Cândido Rangel Dinamarco e Gregório Assagra de Almeida. O magistério de Nelson Nery[278] nos revela a existência do que ele denomina "direito constitucional processual" (conjunto das normas de Direito Processual que se encontram na Constituição Federal, *v.g.,* o teor do artigo 5º, XXXV, da CF/88) e também do "direito processual constitucional" (reunião dos princípios para o fim de regular a jurisdição constitucional, *v.g.,* Mandado de Segurança). Gregório Assagra de Almeida[279], por sua vez, resgata os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco para tratar da tutela constitucional do processo. Trabalharemos, nesta feita, com os estudos de Dinamarco dado o enfoque declaradamente instrumentalista por ele adotado.

Cândido Rangel Dinamarco, dimensionando o processo na ordem constitucional, afirma que "A *tutela constitucional do processo* tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional"[280]. Segundo ele, o processo precisa refletir as bases do regime democrático. Nesse sentido, importante citar a contribuição de Nelson Nery no desenvolvimento dos princípios constitucionais processuais, que poderiam ser assim enumerados: devido processo legal (CF, art.5º, LIV); isonomia (CF, art.5º, caput); juiz e

---

[277] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31.

[278] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

[279] ALMEIDA, Ibid., p. 31 et seq.

[280] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 27. (grifo do autor).

promotor natural (CF, art.5º, XXXVII); Inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação), (CF, art.5º, XXXV); contraditório (CF, art.5º, LV); proibição de prova ilícita (art.5º, XII); publicidade dos atos processuais (CF, art.5º, IX e 93, IX); duplo grau de jurisdição; e motivação das decisões judiciais (CF, art.93, IX).

> A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso *dois sentidos vetoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional,* voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (*jurisdição constitucional das liberdades*), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive[281].

Isto posto, é possível identificarmos: normas constitucionais que funcionam como um sistema de garantias no processo; e instrumentos tipicamente processuais no próprio texto constitucional, que viabilizam a tutela de determinados direitos ou interesses jurídicos. Dentre aqueles, podemos apontar a principiologia vigente no processo civil (e até mesmo na teoria geral do processo); dentre esses, identificamos verdadeiras ações constitucionais, tais como as ações de controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de constitucionalidade (ADECON), ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIn) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Essas ações de controle de constitucionalidade citadas são ações coletivas[282], e estão previstas na CF/88 nos artigos 102, I, "a" (ADIn e ADECON); 36, III (ADIn interventiva); 103, §2º (ADIn por omissão); e §1º (ADPF). Além dessas, a CF/88 prevê outras ações coletivas: a ação popular (art.5º, LXXIII), a ação civil pública (art.129, III), o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX), o mandado de injunção (art.5º, LXXI), a ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§ 10 e 11) e o dissídio coletivo (art.114). A análise dessas ações será objeto do segundo capítulo, na tentativa de traçar um panorama normativo da tutela coletiva brasileira.

É claro que o acesso à justiça depende não só da previsão de ações e procedimentos que viabilizem a judicialização de direitos. No entanto, consideramos que a previsão dessas ações constitucionais contribui, em muito, para a potencialização da tutela coletiva, posto que instrumentaliza a sua concretização.

---

[281] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 26-27. (grifo do autor).

[282] Sobre o tema, trabalharemos em tópico oportuno. Por ora, nos deteremos a citá-las como instrumentos de acesso a justiça coletiva.

CAPÍTULO 2 A TUTELA COLETIVA BRASILEIRA

O estudo da tutela coletiva demanda o desprendimento das fórmulas processuais clássicas tradicionais, cujos institutos foram pensados e implementados para resolver uma gama específica de pretensões, quais sejam, as individuais, decorrentes de relações privadas, tendo por objeto bens jurídicos patrimoniais disponíveis. Não é possível vislumbrar um sistema de tutela jurisdicional coletiva que de fato efetive direitos coletivos sem antes superar àquele paradigma jurídico-processual.

O presente capítulo é redigido com o objetivo de investigar a tutela coletiva brasileira, o que o fazemos a partir da evidenciação do regramento jurídico-legal existente. Analisaremos os escopos da tutela coletiva e do direito processual coletivo, visando fundamentar a erição de um paradigma processual coletivo autônomo, com o devido lastro científico, especialmente, no que tange à delimitação do objeto, do método e principiologia próprios às especificidades coletivas, em sentido amplo. Para tanto, recorremos à técnica de revisão bibliográfica e à análise dogmática, porquanto confrontamos aspectos do direito posto brasileiro, o que demandou atenção do regramento legal existente. Dado a amplitude dos instrumentos normativos analisados, optamos por trilhar uma análise interdisciplinar nesse capítulo, perfazendo aportes desde o direito processual civil e constitucional à sociologia jurídica crítica. A opção impôs-se como mecanismo necessário para a sistematização do tratamento conferido pelo Estado à tutela coletiva no âmbito territorial e temporal eleito (Brasil pós a promulgação da CF/88). Ressaltamos que esse estreitamento de análise tem o condão de aprofundar a investigação do direito posto, pois trabalhamos com a hipótese de que o mesmo possui feições conformadoras de manutenção do status quo. A partir do questionamento da estrutura dogmática vigente é possível desferir os primeiros golpes no uso conformista do direito, pois nesse movimento pretendemos revelar sua inserção em um projeto político de dominação que se afasta da efetivação dos direitos e tutela coletiva, e que atua por meio do regramento jurídico-legal disposto, colocando-o a serviço de suas pretensões. Cumpre-nos declarar o propósito e a relevância da investigação proposta: o propósito é demonstrar o fracasso das técnicas e teorias processuais hodiernas na tutela dos direitos coletivos, movimento que demanda a análise das estruturas dispostas; a relevância é confluir para a emergência de um paradigma processual adequado[283].

[283] KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 93 et seq.

2.1 Sistematização de Conceitos

Para compreender a tutela coletiva brasileira, precisamos, preliminarmente, examinar o processo de sistematização de algumas das principais estruturas que a permeia. Iniciaremos esse exame diferenciando a tutela coletiva de direitos da tutela de direitos coletivos, em seguida, examinaremos a categorização legal e doutrinária dos direitos coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), momento no qual buscaremos oxigenar o debate trazendo à baila reflexões sobre a concepção dinâmica dos direitos coletivos e as situações jurídicas heterogêneas.

Entendemos que em um período de transição paradigmática, de um modelo processual de ranço individual e patrimonial para um plural e multifacetário, a análise do conhecimento disposto, mesmo quando considerado obsoleto, consiste em mecanismo de combate das estruturas hegemônicas, se, com isso, conseguirmos denunciar os pontos de estrangulamento pelos quais o mesmo se demonstra inadequado[284]. O movimento posterior será o de indicação de alternativas viáveis para superar referidas insuficiências[285].

Identificamos nas temáticas da tutela jurisdicional e da categorização de direitos coletivos, problemáticas fulcrais a serem enfrentadas na seara processual coletiva, haja vista a sua baixa efetividade na prática. No tocante à tutela, enfocamos sua tônica na proteção de direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) e na proteção coletiva de direitos individuais. Constatamos que a tutela jurisdicional prestada não tem instrumentalizado a proteção efetiva dos direitos coletivos e que a categorização legal e doutrinária das espécies de direitos coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), tem sido desvirtuada de seu fim didático para obstacularizar o acesso a justiça.

---

[284] "Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa de ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível ás novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nado. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se "desnaturalizar" ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemónico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexequíveis". SANTOS, Boaventura Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. v. 1. p. 186.

[285] "[...] parece notória a urgência da percepção de que a revolução paradigmática também deve repercutir no campo processual, no intuito da superação dos velhos e já insatisfatórios esquemas técnicos, absolutamente inoperantes quanto à afirmação dos chamados *novos direitos*, em especial dos direitos meta-individuais." VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 32. (grifos do autor).

2.1.1 Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos

Em que pese expressa distinção legal das categorias de direitos coletivos, o estudo comparativo e distintivo adquire contornos de maior relevância, na medida em que contribui para o redimensionamento da prestação jurisdicional efetivada.

Existe uma gama de direitos que, por sua origem comum, transcendência individual de titularidade e indivisibilidade da pretensão de direito material, só podem ser tutelados se apreciados de forma coletiva. São direitos ou interesses ditos genuinamente metaindividuais, cuja única via de acesso efetivo à proteção jurisdicional é a coletiva (ações coletivas). Nesses casos, dizemos tratar-se de tutela coletiva de direitos. Por outro lado, há uma sorte de direitos ou interesses que, apesar de sua determinada titularidade ou até mesmo divisibilidade de seu objeto, são mais adequadamente tutelados via coletiva. São direitos cuja acionabilidade judicial resta comprometida se realizada através do sistema de tutela individual, seja devido aos obstáculos econômicos que se apresentam, seja devido aqueles de ordem social, política ou até mesmo técnica.

No campo doutrinário, encontramos diferentes abordagens da temática tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, constatação esta que nos permite afirmar que existe uma preocupação científica em se delimitar os contornos de uma e outra espécie.[286]

Luiz Guilherme Marinoni, estudando a ação no Estado constitucional, investiga o conteúdo das tutelas jurisdicionais dos direitos, e estabelece como premissa de seu estudo que a forma ideal de proteção do direito é aquela que impede a sua violação. Para ele, "Ter direito, ou ter uma posição jurídica protegida, é, antes de tudo, ter direito a uma forma de tutela que seja capaz de impedir ou inibir a violação do direito"[287]. Essa perspectiva demonstra-se atenta a uma concepção de tutela que atua em um momento pré-violatório, característica esta que possibilita cogitar uma proteção efetiva do direito, já que age antes de sua violação, ou seja, age impedindo a lesão. Trata-se de uma premissa necessária no tocante à tutela de direitos coletivos, posto que a natureza dos interesses afetados é não patrimonial e, via de regra, irressarcível. Para fundamentar sua premissa Marinoni argumenta que em um Estado constitucional, que tem como baluarte a proteção dos direitos fundamentais, a funcionalidade do processo civil não pode ser restrita à instrumentalização do ressarcimento por dano

---

[286] Segundo Sérgio Cruz Arenhart "Quando se fala em tutela, é necessário saber exatamente o que se há de entender por esse conceito, na medida em que a doutrina se vale desse termo para designar diferentes fenômenos no campo processual". Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 42. (Temas atuais de direito processual civil, 6).

[287] MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** Curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 246.

(ilícito), devendo, por uma ampliação da efetivação daqueles direitos, ser utilizado para garantir a observância das normas de proteção.

Essa concepção de tutela, que permite seu manejo antes da ocorrência do dano, repercute sobre a ação. "Ter direito a uma forma de tutela do direito é, simplesmente, ter direito material, pois ninguém tem direito sem ter à sua disposição formas de tutela capazes de protegê-lo diante de ameaças ou de violação" [288]. Para que o sujeito obtenha a tutela é necessário que exerça o direito de ação (CF/88, art.5º, XXXV). É por meio desse exercício que o sujeito consegue provocar a tutela jurisdicional do direito, haja vista que dirige ao Estado (Poder Judiciário) sua pretensão para que este diga o direito, ato este que geralmente ocorre por meio de uma sentença de mérito. Ocorre que "[...] *todos têm direito à ação adequada à tutela do direito, sejam ou não titulares do direito material reclamado*" [289]. É dizer: o sujeito tem o direito de exercer a ação, pleiteando a tutela jurisdicional, contudo, essa prerrogativa não implica na existência do direito material, não implicando, portanto, na efetivação da tutela do direito. O direito de ação é abstrato em relação ao direito material, o que significa na sua existência a despeito deste. Contudo, quando se invoca o termo "tutela do direito", necessariamente há que se ter em vista não somente a prestação jurisdicional, mas, principalmente, a tutela no âmbito material. Segundo Marinoni:

> A tutela jurisdicional do direito, portanto, implica no dimensionamento da extensão da cognição do juiz, ou seja, na fixação dos limites do debate e da produção das provas. Além disso, é a tutela jurisdicional, na forma em que se conjuga com a situação concreta, que autoriza a utilização de uma ou outra espécie de sentença ou o uso de determinado meio de execução em vez de outro.

Já a tutela do direito seria aquela prestada quando e somente se o juiz reconhecer a procedência do pedido de tutela realizado. Assim, para Marinoni, na hipótese de improcedência da ação, não se presta a tutela do direito[290]. De nossa parte, complementamos: também não resta caracterizada a tutela do direito quando houver a extinção análoga do processo por sentença terminativa, pois, nesse caso, embora o Estado exerça sua competência

---

[288] MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** Curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 257.
[289] Ibid., p. 257. (grifos do autor)
[290] Ibid., p. 259.

jurisdicional, não há influência direta sobre o direito material. "A *tutela jurisdicional* é a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes. Mas o juiz apenas presta a *tutela jurisdicional do direito* quando a sentença é de procedência"[291].

Sérgio da Cruz Arenhart, analisando as expressões "tutela jurisdicional" e "tutela dos direitos", reverbera a premissa de Marinoni, mas o faz de um modo específico, qual seja, diferenciando a tutela dos interesses do processo para além da satisfação do conteúdo material. Arenhart reconhece o termo "tutela" como sinônimo de "proteção", aplicável a direitos e interesses que, no processo, são satisfeitos por meio de mecanismos processuais. Nesse sentido, seria possível afirmar que o Estado oferece tutela, por meio dos instrumentos processuais disponíveis, tanto quando garante qualquer das duas ordens de direitos: processuais e/ou materiais. Contudo, para ele, cada uma dessas esferas de proteção merece designação específica[292]:

> Na primeira acepção – aqui denominada, para os fins deste trabalho, de *tutela jurisdicional* -, leva o termo à ideia de proteção aos direitos processuais, estabelecidos pelo Estado. O Estado, nesta ótica, presta tutela na medida em que assegura, para a aplicação do direito positivo, garantias mínimas de participação dos envolvidos, assegurando-lhes o devido processo legal e a necessária atenção. [...]
> A tutela jurisdicional, pois, é prestada não importando o resultado final da deliberação judicial (se positiva ou negativa, ou ainda se vier a não conhecer a pretensão exposta pelo demandante), já que basta para ela ocorrer que o Estado assegure aos interessados plenas condições de acesso aos mecanismos públicos de proteção e de interferência na aplicação do poder estatal.

Em tempo, Arenhart lastreia sua concepção nos escopos do processo e da jurisdição, nos termos dos mandamentos constitucionais, alegando que "pensar em tutela jurisdicional não equivale a pensar o nada, o vazio, como sinônimo de qualquer resposta que se dê"[293]. Trata-se, na verdade, de prestação atenta aos "critérios mínimos necessários para torná-la, em abstrato e a priori, hábil a tratar com o direito invocado pelo demandante e com os consectários interesses a serem protegidos do demandado"[294], em uma técnica que consiga conciliar a adequação da resposta ao menor tempo e dispêndio possível.

---

[291] MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** Curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 261. (grifo do autor).
[292] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 43-44. (Temas Atuais de Direito Processual Civil, 6). (grifo do autor).
[293] Ibid., p. 44.
[294] Ibid., p. 45.

Afirma Sérgio da Cruz Arenhart[295]:

> Diversa desta noção é aquela relativa à *tutela jurisdicional do direito*. [...] Em parte, também esta ideia está abrangida pela expressão maior, acima estudada, na medida em que a garantia processual não pode olvidar que uma das condições para sua realização integral é a previsão de mecanismos *adequados* de proteção dos interesses sustentado por quem requer a resposta jurisdicional do Estado. Todavia, aqui interessa pôr em foco as ligações existentes entre o processo e o direito material; estabelecer precisamente a comunicação que deve existir entre esses dois planos, tornando o processo efetivamente apto a lidar com as situações materiais carentes de tutela.
> Nesta concepção, o termo tutela é empregado como resposta do Estado, intimamente vinculado àquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo não apenas o direito de provocar a jurisdição, mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional, aí incluído o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material invocada pelo demandante.

Trata-se, portanto, de conceito de tutela que se aproxima da concreção do direito material. De nossa parte, tecemos um adendo que entendemos necessário: a expressão "meios executórios" deve ser entendida como todo mecanismo apto a prover a satisfação da pretensão. É dizer: quando se fala em formas executivas e em execução, deve-se ter em mente os meios materiais dispostos para gerar a satisfação do direito. Isto porque, atualmente no Brasil, vivenciamos um período de sincretismo processual, no qual é possível desenvolver, no mesmo processo, atividades cognitivas, satisfativas e acautelatórias. A outrora tradicional divisão dos tipos de processo em conhecimento, cautelar e execução hoje já não possui o absolutismo de outrora, uma vez que a edição da Lei n.11.232 de 2005, que alterou a redação do artigo 475 e acresceu os seguintes do Código de Processo Civil, instituiu uma nova fase processual, denominada "fase de cumprimento de sentença", que embora não promova a execução da sentença, dá-lhe cumprimento, motivo pelo qual mais apropriado se dizer "meios satisfativos", já que este engloba com maior clareza tanto a execução como o cumprimento de sentença.

Teori Albino Zavascki[296], por sua vez, ressalta a importância de se diferenciar a "tutela de direitos coletivos" da "tutela coletiva de direitos", enfocando não o aspecto da prestação jurisdicional em nível processual ou material, mas sim pela distinção da natureza do objeto tutelado. Para tanto, o jurista não só dedica parte de sua obra "Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos" ao estudo dessa diferenciação, como, também, a estrutura entorno disso: na primeira parte da obra, trata da tutela dos direitos

---

[295] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 46-47. (Temas atuais de direito processual civil, 6). (grifos do autor).

[296] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

transindividuais (difusos e coletivos); na segunda, da tutela coletiva de direitos individuais (direitos individuais homogêneos). Segundo o autor, uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos enfrentados pelo processo coletivo enquanto novo domínio processual é a confusão possível de ser feita entre "direito coletivo" com "defesa coletiva de direitos". Não obstante a própria terminologia designe significados diferentes: em "direito coletivo", o adjetivo "coletivo" qualifica o substantivo "direito", modificando-o; em "defesa coletiva de direitos", o mesmo adjetivo qualifica "defesa" e não "direito". Notamos a mesma dissonância em "tutela coletiva de direitos" e "tutela de direitos coletivos": no primeiro caso, a adjetivação modifica a "tutela"; no segundo caso, modifica o "direito". A possível causa da confusão entre as diferentes expressões é cogitada, por Zavascki, a origem comum e contemporânea de ambos os mecanismos de tutela. Em sua análise, o fato de o CDC tutelar tanto os direitos difusos e coletivos como os individuais homogêneos, induziu a ilação desta última categoria como espécie do gênero "direito coletivo", "lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo"[297]. De fato, analisando o texto consumerista, percebemos que o legislador elencou os direitos individuais homogêneos como sujeito à "defesa coletiva" (CDC, art.81, caput e incisos I a III).

A relevância dessas peculiaridades da tutela está, portanto, intrinsecamente ligada à natureza do direito tutelado, e repercute, inclusive, no que diz respeito á legitimação para agir, posto que a legislação brasileira é específica no arrolamento dos legitimados.

Sem pretender esvair toda a produção doutrinária brasileira acerca da diferenciação entre tutela coletiva e tutela de direitos coletivos, colacionamos o posicionamento externado por outros juristas, os quais adotamos como referenciais no presente estudo.

Gregório Assagra de Almeida[298], defendendo a necessidade de estruturação do direito processual coletivo, assevera que o fenômeno é tratado de modos distintos pela doutrina, e cita como exemplos de terminologias tradicionalmente utilizadas de modo indistinto "tutela jurisdicional coletiva", "ação coletiva", "demanda coletiva" e "processo coletivo". Referia confusão seria reflexo de um descompromisso científico sobre a temática. Em sua concepção, "tutela coletiva estaria ligada a ideia de proteção do direito material

---

[297] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 37.

[298] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

deduzido em juízo. Assim, estaria mais vinculada à jurisdição [...]"[299]. Notamos, portanto, que a temática não é estranha aos estudos do autor, que, contudo, optou por engendrar sua análise à estruturação do direito processual coletivo em duas vertentes: o direito processual coletivo especial (que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade) e o direito processual coletivo comum (que abarca as ações coletivas em suas diversas espécies, inclusive englobando as três categorias de direito coletivo: difuso, coletivo e individual homogêneo).

Elton Venturi também se debruça sobre a temática, dedicando parte de sua obra "Processo Civil Coletivo" à análise da tutela dos direitos coletivos e da tutela coletiva de direitos[300]. Para ele, exsurge a relevância da definição conceitual haja vista que os direitos individuais homogêneos (tutela coletiva de direitos) cotejam uma proteção jurisdicional bivalente (podem ser protegidos tanto por ações individuais como por ações coletivas), prerrogativa esta não constatada no tocante aos direitos coletivos (tutela de direitos coletivos), que somente podem ser protegidos via ações coletivas. Em suas palavras:

> Note-se que, se para a tutela dos direitos genuinamente meta-individuais a única via de acesso efetivo à proteção jurisdicional são as ações coletivas, mormente pelos conhecidos problemas antinentes à indivisibilidade da pretensão de direito material e à ausência de legitimação ativa dos seus múltiplos *titulares* (excepcionando-se a hipótese da ação popular) e conseqüente inviabilidade do seu comparecimento no procedimento judicial, o mesmo não poderia ser afirmado quanto à defesa dos direitos individuais, divisíveis sob o prisma da pretensão de direito material, para os quais o sistema processual sempre deferiu proteção através das correlatas ações individuais, que, a princípio, deveriam oportunizar efetivo acesso à tutela jurisdicional estatal, mediante o comparecimento pessoal do demandante em juízo ou por substituto legalmente estabelecido.
> Todavia, precisamente diante da reconhecida insatisfatoriedade do sistema de tutela individual, em função dos multifacetários obstáculos (econômicos, sociais, políticos e técnicos) ao acesso à justiça, e da percepção do legislador acerca da existência de direitos subjetivos que, não obstante serem qualificáveis como *individuais*, têm uma origem comum, providenciou-se uma verdadeira abertura no sistema de tutela jurisdicional coletiva para o fim de se autorizar também a proteção desta categoria especial de direitos individuais, à qual se denominou *direitos individuais homogêneos*.[301]

Hugo Nigro Mazzilli, embora não teça digressões diretas sobre a diferenciação ora em comento, o faz de modo reflexo, ao tratar das categorias de direitos ou interesses coletivos. Mais especificamente, ao versar sobre os interesses transindividuais e sua tutela

---

[299] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16
[300] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.
[301] Ibid., p. 63-64. (grifos do autor)

coletiva[302], investiga a tutela coletiva sob o aspecto processual e lhe impinge pelo menos seis características comuns (sem distinguir a tutela coletiva de direitos da tutela de direitos coletivos), quais sejam: (a) o estabelecimento de controvérsia sobre interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas; (b) a freqüente conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos; (c) a defesa judicial por meio de legitimação extraordinária; (d) a especialidade da destinação do produto da indenização (quando ocorre); (e) o efeito da imutabilidade da decisão ultrapassa os limites das partes processuais; e (f) a preponderância do princípio da economia processual.

Rodolfo de Camargo Mancuso[303] e Pedro Lenza, embora constituam referenciais teóricos de larga aceitação no cenário nacional, não se ocupam em analisar a temática. Não obstante, Lenza adota[304] a terminologia "tutela jurisdicional coletiva" em sua obra "Teoria Geral da Ação Civil Pública", abarcando, sob a mesma terminologia, tanto a tutela de direitos coletivos como a tutela coletiva de direitos.

A revisão bibliográfica da literatura disponível permitiu o alargamento de nossa compreensão sobre a tutela, de modo que nos filiamos aos estudos de Sergio Cruz Arenhart e optamos por utilizar, inclusive na intitulação desta pesquisa, a expressão "tutela coletiva", designando, com ela, a tutela jurisdicional comprometida com a satisfação do direito, notadamente, aqueles designados como coletivos. A omissão do termo "jurisdicional" da expressão, contudo, não foi aleatória. Trata-se, na verdade, de alternativa encontrada para expressar, com maior honestidade, nossa visão de tutela, que parte de uma perspectiva instrumental do processo. Nesse sentido, importante destacar o emprego do termo "tutela coletiva" por Cândido Rangel Dinamarco em sua obra "A instrumentalidade do processo"[305], autor este que elenca a temática dentre os pontos nevrálgicos do processo civil moderno, bem como, importante destacar a contribuição de José Roberto dos Santos Bedaque, em seu estudo sobre "Direito e Processo"[306].

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque "o estudo do direito processual pelo prisma da tutela jurisdicional corresponde ao fim do momento autonomista e à conscientização de que o importante é a busca do resultado útil para o processo"[307]. Em sua

---

[302] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-559.
[303] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
[304] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
[305] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 363.
[306] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
[307] Ibid., p. 49.

análise, é através dessa concepção do processo, que parte das situações de direito substancial que reclamam a atuação da jurisdição, que podemos verificar que o instrumento não tem sido eficaz em seu uso tradicional. A tutela jurisdicional está intimamente relacionada com a situação de direito material e com as circunstâncias em que ela é deduzida em juízo. "Não existe apenas uma espécie de processo ou um único tipo de procedimento para tutelar todas as situações de vantagem asseguradas pelo ordenamento jurídico material"[308]. Na verdade, a técnica processual deve adequar-se às situações, e existem diferentes maneiras pelas quais o Estado pode reagir para fazer atuar o direito. A tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito, ou seja, quanto mais corresponder àquilo que o sujeito receberia se houvesse o acatamento voluntário da regra material. Essa compreensão sumária, de que o processo deve "proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito"[309], muitas vezes não se concretiza, haja vista que as modalidades de tutela jurisdicional tradicionalmente utilizadas[310] não proporcionam, posto que inadequadas, a satisfação do direito material.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, analisando a tutela jurisdicional e a tutela de direitos, "[...] o estudo do direito processual pelo prisma da tutela jurisdicional corresponde ao fim do momento autonomista e à conscientização de que o importante é a busca de resultado útil para o processo. Tudo isso leva à necessária relativização do binômio direito-processo" [311]. Ao analisar o instrumento processual sob o prisma do direito substancial que reclama a intervenção jurisdicional, é possível perceber o quão débil é o sistema processual vigente.

A opção em analisar a tutela [jurisdicional] coletiva infere, pois, nossa filiação ideológica à perspectiva processual que admite a influência do direito material no processo. Nota-se, portanto, nossa não pretensão em esvair o conteúdo da terminologia específica e técnica, pelo contrário: notamos que a expressão "tutela coletiva" designa exatamente nosso objeto de estudo, já que remete à satisfação do conteúdo material do direito, além de simplificar o ciclo comunicativo.

---

[308] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

[309] Ibid., p. 49.

[310] Analisamos as espécies de tutela jurisdicional em tópico ulterior específico, quando versarmos sobre a especificidade da hipótese brasileira.

[311] BEDAQUE, Ibid. p. 49.

2.1.2 Categorização de direitos coletivos: difusos, coletivos e individuais homogêneos

A análise da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos abre perspectivas para a investigação das categorias de direitos passíveis de serem defendidos pelas ações coletivas. No Brasil[312], coexistem três ordens de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, a saber: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Os dois primeiros remetem à genuína tutela de direitos coletivos, enquanto o segundo implica numa espécie de tutela coletiva de direitos.

A doutrina debate sobre a categorização dos direitos ou interesses coletivos[313]. Em certa medida, a previsão legal do que sejam os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos "acalmou" os ânimos daqueles que lidam com demandas coletivas, mas não pôs fim à problematização de sua concepção dinâmica[314] e tão pouco foi capaz de elidir, por meio de uma positivação, todas as dúvidas que pairam sobre "o quê" são direitos

---

[312] Importante ressaltar que nos dois países latino americanos (Argentina e Uruguai) que tivemos oportunidade de compartir momentos de intercâmbio científico por meio de nossa participação em congressos, percebemos que o Brasil considerado como referência doutrinária e legislativa no tocante à tutela coletiva. Nesses congressos que participamos, tivemos oportunidade de apresentar trabalhos científicos com problematizações específicas da tutela coletiva, os quais guardam estreita relação com nosso objeto de estudo e dissertação. Percebemos um grande interesse dos pesquisadores (alunos e professores) latino americanos (argentinos, uruguaios, chilenos, colombianos, peruanos e venezuelanos) em saber o modo pelo qual o Brasil tutelava essa gama de interesses. Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias; SILVA, Lillian Ponchio; CORONA, Roberto Brocanelli. A implementação jurisdicional de políticas públicas para a efetivação dos direitos humanos na latino-américa. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA Y Pobreza, 3., 2010, Montevideo. **Anales….** Montevideo: Universidad de la Republica del Uruguay, 2010; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; COSTA, Yvete Flávio. Pós-Ditadura e custo democrático: a violação da dignidade e memória nacional brasileira como afronta aos direitos humanos fundamentais. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA Y POBREZA, 3., 2010, Montevideo. **Anales….** Montevideo: Universidad de la Republica del Uruguay, 2010; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Jurisdição constitucional: o desafio da validação normativa perante cortes constitucionais. In: JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, 2., 2010, Buenos Aires. **Anales….** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; COSTA, Yvete Flávio. Ações coletivas constitucionais. In: JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, 2., 2010, Buenos Aires, Argentina. **Anales….** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; COSTA, Yvete Flávio. Pós-dictadura y el costo de la democracia: la negación de la verdad y de la construcción de la memoria nacional como una afrenta a los derechos humanos. In: CONGRESO ARGENTINO-LATINOAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: REPENSAR LA UNIVERSIDAD EM LA DIVERSIDAD LATINOAMERICANA, 3., 2011, Rosario. **Anales….** Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2011.

[313] Cf. LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 64-113; FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos**.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 31-52; MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-55; VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-84; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 36-43.

[314] Sobre as críticas à categorização dos direitos coletivos, conferir, em especial: VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 84-94; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 480-496.

coletivos. De fato, a positivação de direitos é um dos caminhos possíveis em direção à proteção dos interesses coletivos, mas não pode consistir na única via de tutela e, tão pouco, servir de estreitamento quanto aos direitos reconhecidos e possíveis. É dizer: a positivação e categorização de direitos coletivos não pode ser tal que atue na contramão de sua efetivação. Nesse sentido, a categorização do art.81, § único do CDC consiste em rol de evidenciação:

> Art.81. 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 a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos, os decorrentes de origem comum.

Alguns apontamentos merecem destaque para melhor compreensão da extensão e significado desse dispositivo. O primeiro apontamento diz respeito à aplicação dessa categorização, que será tão extensa quanto o for o alcance do CDC e dos significados de suas disposições. Importante ressaltar que, por força do art.21 da LACP, aplicam-se á defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC. Assim sendo, o art.81 do CDC não se aplica somente às relações de consumo, na verdade, se aplica a toda e qualquer tutela coletiva, em sentido amplo. Observa-se, também, que o legislador abarcou sob o manto da proteção legal tanto os "interesses" como os "direitos"[315]. Ocorre que, como foi afirmado anteriormente, teoria e prática nem sempre coincidem. Não obstante o legislador tenha abarcado ambas as

[315] Segundo Sérgio Cruz Arenhart: "O legislador, certamente alertado sobre o possível reducionismo que poderia recair sobre a utilização da expressão 'interesses' ao invés de 'direitos', optou por uma solução conciliatória que acabou prestigiando a ambas, tornando-as equivalentes para fins de tutela jurisdicional". Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, 6). p. 47. Não é excessivo também transcrever o posicionamento de Elton Venturi: "Aliás, para além da expressa qualificação legal das pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas como autênticos direitos subjetivos, não há, praticamente, qualquer serventia para eventuais distinções conceituais que se insistisse a impor, sobretudo porque, sob a ótica do sistema constitucional de prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os *interesses* como os *direitos subjetivos*. Pragmaticamente, ainda, a única razão justificável pela qual se poderia admitir uma séria discussão científica em torno da distinção de categorias envolvendo conceitos como os de *interesses legítimos, interesses simples, direitos subjetivos, direitos reflexos*, dentre outros, seria a de aprimorar a prestação jurisdicional, incentivando-se uma ampliação do espectro objetivo de incidência do controle jurisdicional, precisamente em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade inscrita no art.5º, XXXV da CF de 1988". VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48. (grifo do autor).

expressões (direitos/interesses) de modo expresso, a prática jurisprudencial nos revela que a dissonância pode repercutir obstacularizando a satisfação de pretensões coletivas[316]. A esse respeito, alerta Teori Albino Zavascki:

> É importante anotar, todavia, que os conceitos e institutos jurídicos, concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos legais ou doutrinários pré-estabelecidos.[317]

O segundo apontamento diz respeito à aplicabilidade da tutela coletiva, que, conforme categorização externada nos incisos I, II e III do artigo em comento, abarca os direitos transindividuais e, de modo mais restrito, direitos individuais, impondo a estes a especificidade de apresentarem uma origem comum, como requisito para viabilizar sua tutela coletiva. Trata-se, portanto, da admissão da tutela de direitos coletivos (quais sejam, os transindividuais: coletivos e difusos) e da tutela coletiva de direitos (individuais homogêneos).

Para Sérgio Cruz Arenhart, a conceituação legal dos direitos coletivos tal como disposta no art.81 do CDC almejou redimensionar e ampliar as técnicas da tutela individual por meio do destaque das características mais notórias das pretensões tuteladas, de modo que a expressa referência legal à categorização deveria servir como estímulo à efetivação do acesso a justiça pela via coletiva, e não obstacularizá-la. Em sua dicção, "não se revela razoável atrelar a admissão da tutela jurisdicional coletiva a um rígido enquadramento das pretensões deduzidas em juízo aos esboços conceituais formulados pelo legislador brasileiro"[318].

---

[316] Colacionamos jurisprudência que comprova a assertiva de que, na prática, distinções teóricas entre interesses e direitos podem obstacularizar a efetivação da tutela: "Processo civil. Mandado de Segurança. Direito reflexo. Inadimissibilidade de defesa via 'mandamus'. Legitimação ativa. Ausência. Extinção do processo. Apenas os direitos subjetivos são aptos a serem defendidos através do mandado de segurança, não estando os interesses, simples ou legítimos, abrigados sob o manto protetivo do remédio constitucional. No sistema jurídico vigente, o cidadão só tem legitimidade para impetrar a segurança quando na defesa de direito próprio, e não pertencente à sua categoria, corporação ou associação de classe. Recurso improvido, por unanimidade." (RMS 7161/AM, STJ, T1, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Data do julgamento 04/11/10996, Data da publicação 25/11/1996).

[317] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 44-45.

[318] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 44. (Temas Atuais de Direito Processual Civil, 6).

Elton Venturi externa a mesma preocupação, afirmando que "[...] há sério risco de que a adoção literal das mencionadas categorias conduza a verdadeiro *excesso terminológico*, capaz de amesquinhar a prestação jurisdicional".[319]

Essa categorização em direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos é uma particularidade brasileira, cujo pioneirismo desponta como referência normativa e doutrinária no cenário latino-americano quanto à tutela coletiva[320], o que poderia ser justificado por algumas razões cogitadas:

a) a particularidade da tutela coletiva brasileira abranger, além dos direitos coletivos e difusos, também os individuais homogêneos[321];

b) a extensão e diversidade territorial, populacional e étnica brasileira, que podem ter propiciado um ambiente de maior contingência de tutela coletiva, haja vista o incremento do número de violações possíveis de serem perpetrados, bem como, da necessidade de invocar a tutela jurisdicional, o que refletiria no aumento considerável de atividade legislativa setorial e da preocupação doutrinária em melhor analisar referido fenômeno;

c) o atraso ou persistência na restrição do olhar latino-americano sobre a tutela coletiva, desde há muito limitado no fenômeno da positivação normativa e da abstração teórica, nesse sentido, o avanço brasileiro, tão "notável" no âmbito legal e teórico, não é analisado sob o ponto de vista prático ou empírico, que inclusive em nível jurisprudencial poderia revelar um atraso brasileiro no tocante ao respeito e proteção dos direitos e interesses coletivos em seu sentido amplo.

---

[319] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48. (grifo do autor)

[320] Dentre as doutrinas latino-americanas que afirmam o avanço brasileiro no tratamento da tutela coletiva, destacamos: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva.** Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni, 2010. p. 55-59; MEROI, Andrea. **Procesos colectivos**: recepción y problemas. Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni, 2008. p. 47-49.

[321] Ada Pellegrini Grinover, analisando a tutela coletiva em países cujo ordenamento jurídico segue a tradição da civil law, assevera que alguns só contemplam a tutela dos direitos difusos e coletivos, como por exemplo: Áustria, Chile, Peru, Província de Catamarca (Argentina) e Uruguai. Em seu estudo, a jurista conclui que "o caminho evolutivo – mais que uma tendência – mostra a consciência cada vez mais acentuada de que o objeto da tutela coletiva deva abranger quer os direitos difusos ou coletivos, de titularidade indeterminada, coletivos por natureza, quer os individuais, pertencentes aos membros do grupo, quando homogêneos". GRINOVER, Ada Pallegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e commom law:** uma análise de direito comparado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 234.

Pedro Lenza diferencia os direitos coletivos (CDC, art.81) do seguinte modo:

Quadro 10 – Caracterização legal dos interesses/direitos metaindividuais

interesses/direitos	CARACTERÍSTICAS
DIFUSOS	• transindividuais; • natureza indivisível; • titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.
COLETIVOS	• transindividuais; • natureza também indivisível como os difusos; • titularidade: pessoas determinadas ou determináveis (grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica-base).
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	• são aqueles decorrentes de origem comum.

Fonte: LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.66.

Quadro 11 – Caracterização doutrinária dos interesses/direitos metaindividuais

Difusos	*Coletivos stricto sensu*	*Individual homogêneo*
1. transindividualidade real ou essencial ampla	1. transindividualidade real ou essencial restrita (ao grupo, categoria ou classe de pessoas)	1. transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental
2. indeterminação dos seus sujeitos	2. determinabilidade dos sujeitos	2. determinabilidade dos sujeitos
3. indivisibilidade ampla	3. divisibilidade externa e indivisibilidade interna	3. divisibilidade
4. indisponibilidade	4. disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual	4. disponibilidade (quando a lei não disponha o contrário)
5. vínculo meramente de fato a unir os sujeitos	5. relação jurídica-base a unir os sujeitos	5. núcleo comum de questões de direito ou de fato unir os sujeitos
6. ausência de unanimidade social	6. irrelevância da unanimidade social	6. irrelevânica da unanimidade social
7. organização possível, mas sempre subotimal	7. organização ótima viável	7. organização ótima viável e recomendável
8. reparabilidade indireta	8. reparabilidade indireta	8. reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados

Fonte: LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 67-68.

Teori Albino Zavascki retoma a discussão sobre a categorização de direitos coletivos *lato sensu* evidenciando a importância de se precisar o conteúdo e alcance de cada uma dessas modalidades de direito. Para tanto, concebeu a seguinte tabela comparativa.

Quadro 12 - Quadro comparativo entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Direitos	***Difusos***	***Coletivos***	***Individuais homogêneos***
1) Sob o aspecto subjetivo são:	*Transindividuais*, 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).	*Transindividuais*, 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).	*Individuais:* (= há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com "origem comum".
2) Sob o aspecto objetivo são:	*Indivisíveis* (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	*Indivisíveis* (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	*Divisíveis* (=podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais).
3) Exemplo:	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).
4) Em decorrência de sua natureza:	a) são insuscetíveis de apropriação individual; b) são insuscetíveis de transmissão,seja por ato inter vivos, seja mortis causa; c) são insuscetíveis de renúncia ou de transação; d) sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo na relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto litigioso é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir o ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, §único, I); e) a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com *absoluta* informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).	a) são insuscetíveis de apropriação individual; b) são insuscetíveis de transmissão,seja por ato inter vivos, seja mortis causa; c) são insuscetíveis de renúncia ou de transação; d) sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo na relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto litigioso é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir o ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, §único, I); e) a mutação dos titulares ativos coletivos da relação jurídica de direito material se dá com *relativa* informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).	a) individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular; b) são transmissíveis por ato *inter vivos* (cessão) ou *mortis causa*, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais); c) são suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (*v.g.,*direitos personalíssimos); d) 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); e) a mutação de pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão *mortis causa*, usucapião etc.)

Fonte: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.41-43.

Para ele, uma das principais causas dos equívocos ocorrentes no bojo desse novo domínio processual – que é o coletivo – repousa na confusão que comumente se faz entre direito coletivo e defesa coletiva de direitos. O argumento elaborado pelo autor aponta para a impossibilidade de conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente (direitos individuais homogêneos), o mesmo tratamento despendido aos direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos *strictu sensu)*.

De um modo resumido, direitos coletivos seriam então aqueles subjetivamente transindividuais e materialmente indivisíveis. Já os individuais homogêneos seriam aqueles subjetivamente individuais e materialmente divisíveis, mas cujo tratamento pode ocorrer de modo bivalente (via individual ou coletiva), sendo preferencial a tutela coletiva.

2.1.3 Concepção dinâmica dos direitos individuais homogêneos

Talvez um dos maiores desafios para a efetivação da tutela coletiva, ou seja, para que a pretensão veiculada por essa via jurisdicional seja satisfeita, protegendo-se o direito ou interesse afetado, seja justamente em compreender a tônica dos direitos individuais homogêneos, haja vista que sua natureza não é, originariamente, coletiva. Seu tratamento é coletivo, porém, o bem tutelado é individual.

Em uma concepção dinâmica dos direitos individuais homogêneos, podemos cindir sua análise em dois planos: o material e o processual. No primeiro plano, tais direitos são essencial e inicialmente divisíveis e individuais. Inclusive, após a sentença coletiva condenatória, os interessados podem liquidar e executar individualmente seus créditos, conforme o art. 97, primeira parte, do CDC. De fato, os titulares, salvo aqueles que tinham ações individuais e não promoveram suas suspensões quando cientificados da ação coletiva (art. 104, CDC), podem promover a liquidação e execução individual da sentença coletiva. Ainda no plano material, o crédito inicialmente divisível se torna indivisível, em benefício da coletividade, se, após um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, não houver habilitações compatíveis com a gravidade do dano (art. 100, CDC). É o instituto da fluid recovery do direito norte-americano, ou "indenização fluida", cujos fins são repressivos e preventivos, que prevê a possibilidade da execução coletiva em benefício da coletividade, cujos valores apurados serão convertidos em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), como uma espécie de confisco legal de valores. Assim, no âmbito material, é

equivocada a afirmação de que os direitos individuais homogêneos são definitivamente divisíveis, pois podem se tornar indivisíveis pelo decurso do tempo[322].

No segundo plano, na seara processual, os interesses individuais homogêneos são inicialmente tratados coletivamente e de forma indivisa, muito embora eventuais ações individuais não são impedidas ou obstadas[323]. Realmente, o CDC, nos seus artigos 81, inciso III e 91 e seguintes, acolhe a terceira modalidade da class action[324] do direito norte-americano (Regra 23 – B, 3), para inserir no ordenamento jurídico pátrio a tutela coletiva de interesses individuais decorrentes de uma origem comum.

Pois bem. Com o advento da sentença coletiva de procedência do pedido, no plano processual, duas alternativas surgem para sua liquidação e execução. Aqui, não ocorre propriamente uma mutação, mas uma verdadeira cisão. De fato, o CDC autoriza, ainda em benefício dos particulares prejudicados, tanto a execução individual, como a execução coletiva do julgado, neste último caso, promovida pelos legitimados ativos, em favor daqueles que já liquidaram seus créditos, nos termos dos artigos 97 e 98.

Ocorre que, mesmo com tais alternativas, se em um ano não se habilitarem interessados compatíveis com a gravidade da lesão, a execução será coletiva, em benefício da coletividade, conforme regulamenta o instituto da reparação fluida (*fluid recovery),* como uma espécie de transformação do duplo caminho em via uma (uma concentração da legitimação).

Em suma, conclui-se, conforme análise dinâmica dos interesses individuais homogêneos, no âmbito material, ocorrendo um evento de origem comum, eles nascem divisíveis, mas podem se tornar indivisíveis e coletivos ao final. No âmbito processual, por sua vez, são direitos tutelados, no início, de forma coletiva, com execuções alternativas da sentença definitiva, mas sujeitas a prazo, que, uma vez transcorrido, transforma a execução

---

[322] Atualmente, discute-se da natureza jurídica do prazo legal previsto para as habilitações individuais (um ano) e as soluções para pretensões particulares, após o recolhimento dos valores apurados ao Fundo de Direitos Difusos, cujos detalhes veremos oportunamente.

[323] Teori Albino Zavascki leciona que são direitos genuinamente individuais, mas tutelados coletivamente. "O 'coletivo', consequentemente, diz respeito apenas à roupagem, ao acidental, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. [...] Por isso não deixam de ser genuínos direitos subjetivos individuais" (**Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006). A outra parte da doutrina, porém, critica tal posição no sentido de que os direitos individuais homogêneos são efetivamente coletivos, seja pela forma que são tutelados, seja por determinação legal, ou até por indicação jurisprudencial – RE n. 163.231-SP. "Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade, não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral" (DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Juspodivm, 2009. v. 4.). Portanto, a análise bipartida ora proposta, com divisão em plano material e plano processual, visa à fuga dessas divergências doutrinárias, com a proposta de uma análise mais pragmática e útil da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

[324] Sobre as *class actions* norte-americanas, conferir: GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

bipartida de interesse particular em execução uma de interesse coletivo. Assim, sob o aspecto dinâmico, os direitos individuais homogêneos são, no plano material e no processual, institutos sujeitos a mutações conforme a fase do procedimento ou as condutas dos interessados, tudo por conta de três principais objetivos: viabilizar o acesso à Justiça, garantir a economia processual e combater a impunidade dos perniciosos agressores da sociedade.

Essas particularidades que caracterizam os direitos individuais homogêneos explicam, em parte, a dificuldade com que são enxergados por aqueles que lidam com eles no âmbito da tutela coletiva. Por desconhecê-los, o Judiciário se mostra relutante em tutelá-los, ou, quando o faz, tutela-os de modo tímido, parcial, inadequado. Sérgio Cruz Arenhart compartilha desse entendimento. Em suas palavras:

> Efetivamente, por se tratar de direitos individuais, não é raro observar a negativa de tutela coletiva do Poder Judiciário, sob o fundamento de que cada titular do direito lesado deve, atomicamente, buscar a proteção de seu interesse: ou, quando isso não ocorre, vê-se comumente a jurisprudência colocar severos óbices à proteção coletiva dos interesses, exigindo, para o cabimento da ação de massa, a demonstração de certa relevância social no interesse ou da impossibilidade de proteção individualizada do mesmo. Não há, nessas exigências, nenhuma dose de bom senso. A proteção coletiva dos interesses individuais de massa não tem a mesma natureza, a mesma finalidade ou a mesma raiz que leva o legislador a conceber a proteção dos direitos coletivos. Em relação aos direitos individuais homogêneos, a intenção do legislador é – à semelhança do que se deu em relação à *class action* em sua origem – facilitar o trabalho do Judiciário, diminuindo o número de demandas e permitindo solução uniforme a toda a multidão de controvérsias idênticas. Desde que bem compreendida essa função, não pode existir respaldo para a dificuldade com que o Poder Judiciário encara esses direitos, sendo que a utilização da ação de massa para a sua proteção revela-se interessante medida para enfrentar inúmeros dos problemas que enfrenta a jurisdição nacional.[325]

Justificar a baixa efetividade dos direitos individuais homogêneos à incapacidade ou relutância do Judiciário brasileiro em compreendê-los é incorrer em extremo reducionismo. De fato, como pretendemos evidenciar ao longo dessa dissertação, inexiste uma cultura de reconhecimento, respeito e proteção a direitos coletivos, porquanto constituem realidade muitas vezes dissonante com a ótica individual-patrimonial vigente nas sociedades contemporâneas. Também inexiste uma cultura jurídica que estimule, inclusive em nível acadêmico, esforços científicos para investigar a tutela coletiva. Se o sujeito não reconhece os direitos coletivos, difícil imaginá-lo cogitando formas adequadas para satisfazê-los. Se o contexto não permite o afloramento de outras formas de existência humana, difícil imaginá-las sendo protegidas. Essa constatação não se restringe à estrutura judicial disposta, pelo

[325] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 158-159 (Temas atuais de direito processual civil, 6). (grifos do autor).

contrário, abrange todo e cada um dos membros de nossa sociedade, nos mais diversos níveis em que os sujeitos se relacionam, vivem e se desenvolvem.

Posteriormente iremos trabalhar na questão dos paradigmas vigentes no direito, bem como, na dos escopos da tutela coletiva, que impõe um redimensionamento entre Estado-cidadão (Jurisdição-jurisdicionado). Trabalharemos, também, com a questão das impropriedades que tolhem o afloramento de "novos" sujeitos e direitos, dentre eles, o desafio da legitimação ativa para a tutela do direito. Para não antecipar as problematizações pretendidas, contrastaremos, por ora, a categorização legal (que deveria ser didática, não condicionante) com a emergência de situações jurídicas heterogêneas.

2.1.4 Situações jurídicas heterogêneas

A categorização dos direitos coletivos nas espécies difusos, coletivos e individuais homogêneos é insuficiente para dar conta de toda a complexidade emergente da realidade. Isso, porque as situações jurídicas não são homogêneas a ponto de, cada uma, ser enquadrada de modo estreito e escorreito em dessas categorias reconhecidas e positivadas[326].

Teori Albino Zavascki[327] cunhou a expressão "situações jurídicas heterogêneas" para designar situações em que os direitos tuteláveis se apresentem como transindividuais (difusos ou coletivos em sentido estrito), individuais homogêneos ou ainda em forma cumulada de ambos, dependendo da situação. São as situações jurídicas cujo enquadramento não é homogêneo, ou seja, que não se apresentam do mesmo modo, e que impõem, portanto, sua adjetivação como "heterogêneas", já que são diversificadas, por assumir diferentes feições. Como exemplo, o autor aponta o direito a "proteção contra a publicidade enganosa" (CDC, art.6, inc.IV), que, segundo ele, pode possuir diferentes feições, transindividual ou individual, dependendo do momento em que sua proteção fora analisada. Trata-se de direito

---

[326] Não é excessivo lembrar que o fenômeno jurídico-estatal não encerra em si todo o conteúdo do Direito. Nesse sentido, colacionamos posicionamento de Boaventura de Souza Santos: "*Desde un punto de vista sociológico, y en contra de lo que la teoría política liberal hace suponer, las sociedades contemporáneas son jurídica y judicialmente plurales. En ellas circulan no uno sino varios sistemas jurídicos y judiciales. El hecho de que sólo uno de éstos sea reconocido oficialmente como tal, afecta naturalmente al modo como los otros sistemas operan en las sociedades, pero no impide que tal operación tenga lugar. Esta relativa desvinculación del derecho con respecto al Estado significa que el Estado-nación, lejos de ser la única escala natural del derecho, es una entre otras* (…)". Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. p. 52. (Estructuras y processos).

[327] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 44 e 45.

transindividual (a), porquanto o preceito enunciado em lei o prevê como direito de fruição extensível a todo e qualquer sujeito, sendo indivisível e não tendo um titular determinado; trata-se, também, de direito individual homogêneo (b), porquanto sua violação, no plano concreto, desencadeará um dano ou lesão no patrimônio específico de determinados sujeitos, portanto, individualizados[328]. O enfoque dado pelo autor diz respeito à forma de tutelar esse direito em cada um desses momentos, como, por exemplo, a tutela coletiva preventiva, quando se tratar de um momento pré-violatório, em que o direito é difuso, portanto, impossível de ser tutelado individualmente. Por outro lado, na hipótese de ocorrência de danos individualizados, o sujeito pode pleitear o ressarcimento do prejuízo sofrido. A proteção pode ensejar cumulação de tutelas: a favor de pessoas indeterminadas que possam ser atingidas pelo eventual ilícito (tutela preventiva); e a favor do ressarcimento das vítimas da violação (tutela reparatória).

Outra gama de bem exemplificada por Zavascki[329] como situação jurídica heterogênea é o campo do direito ambiental. Se imaginarmos o transporte irregular de determinada substância tóxica, podemos considerá-lo como uma ameaça ao meio ambiente, portanto, a um direito transindividual difuso (meio ambiente), e, também, como uma ameaça àqueles moradores da linha do percurso do transporte que, se concretizada, desencadeará danos específicos ao patrimônio individualizado de cada um desses sujeitos. O autor explica que, da mesma forma que o exemplo acima transcrito, lastreado na relação de consumo, essa situação jurídica envolvendo a tutela do meio ambiente pode desencadear a cumulação de tutelas, se aventarmos a hipótese da ocorrência de um acidente no percurso e que lese tanto o meio ambiente, enquanto direito transindividual difuso, como a esfera patrimonial do sujeito.

> A existência de situações dessa jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria. Quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente nos gêneros normativos existentes nem submetidas aos padrões conceituais pré-estabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. Também o domínio do processo coletivo, que, como todo processo, tem vocação essencialmente instrumental, há de imperar o princípio da adequação das formas: o instrumento deve ser amoldado para servir a seus fins.[330]

---

[328] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.
[329] Ibid., p. 46.
[330] Ibid., p. 46.

A percepção da existência de situações jurídicas heterogêneas impõe a invocação de diferentes tipos de tutela, conforme as características do caso concreto que se destina a tutelar. É somente diante o caso concreto que o construtor do direito poderá verificar que tipo de tutela estará hábil a efetivar os direitos e interesses coletivos, em sentido amplo, ameaçados e/ou lesionados. Ocorre que esta identificação nem sempre é fácil, e, por vezes, mais de uma tutela deve ser pleiteada (v.g. a cumulação de tutela inibitória[331], tutela de remoção do ilícito e tutela condenatória).

Vale o relato de uma ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP), Regional de Ribeirão Preto[332], para a tutela de moradores de determinado bairro da cidade[333], cujas casas estavam infestadas por cupins. O problema, que teve origem quando da construção do conjunto habitacional, na década de 80, se transformou em um vício de grande magnitude, continuado e permanente, consistente na infestação de cupins nas residências locais, praga esta que acarretou danos ao patrimônio (avarias em bens materiais: imóveis e móveis), ao meio ambiente e à saúde de seus moradores. A DPE/SP,

---

[331] STJ/Informativo nº 406: "Cinge-se a questão à possibilidade de ajuizamento, na esfera cível, de ação civil pública (ACP) com pedido de cessação de atividade ilícita consistente na exploração de jogos de azar (máquinas caça-níqueis, vídeo-pôquer e similares). O Tribunal *a quo* extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por entender que compete ao juízo criminal apreciar a prática de contravenção penal, bem como decidir sobre as medidas acautelatórias: fechamento do estabelecimento, bloqueio de contas bancárias e apreensão de máquinas caça-níqueis. Diante disso, a Turma deu provimento ao recurso do Ministério Público estadual ao argumento de que a Lei n. 7.347/1985, em seu art. 1º, V, dispõe ser cabível a interposição de ACP com o escopo de coibir a infração da ordem econômica e da economia popular. O CDC, em seu art. 81, igualmente prevê o ajuizamento de ação coletiva com vistas a garantir a tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos de natureza indivisível, na qual se insere a vedação da atividade de exploração de jogos de azar, considerada infração penal nos termos dos arts. 50 e 51 do DL n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais). Observou o Min. Relator que a relação de consumo, no caso, é evidente, uma vez que o consumidor é o destinatário final do produto que não poderia estar no mercado, haja vista a ausência de lei federal permissiva. É cediço que as máquinas eletrônicas denominadas caça-níqueis são dotadas de mecanismos que permitem fixar previamente a porcentagem de pagamento ao jogador ou até o valor que o consumidor poderá ganhar com o jogo, o que consubstancia prática comercial abusiva. Desnecesssário dizer também que a exploração de jogos de azar acarreta graves prejuízos à ordem econômica, notadamente no campo da sonegação fiscal, da evasão de divisas e da lavagem de dinheiro. Acresça-se que as disposições da Lei de Contravenções Penais que criminalizam a exploração de jogos de azar não foram derrogadas pelas normas contidas na LC n. 116/2003 que determinam a incidência de ISS sobre a atividade de exploração de bingos, pois a referida lei não prevê expressamente que a prática de jogos de azar, como os denominados caça-níqueis, enquadra-se no conceito de diversões eletrônicas, donde se conclui que os arts. 50 e 51 do DL n. 3.688/1941 encontram-se em pleno vigor. Dessarte, o pedido formulado pelo MP estadual, concernente à cessação de atividade de exploração de jogos de azar, revela-se juridicamente possível. Na presente ação, o Parquet postula a responsabilização civil da recorrida e a paralisação da atividade de exploração de máquinas caça-níqueis, inexistindo pedido de condenação na esfera criminal. No que tange à possibilidade de buscar, na esfera cível, a suspensão de atividade lesiva à ordem econômica e à economia popular, este Superior Tribunal, ao apreciar o CC 41.743-RS, DJ 1º/2/2005, entendeu que o pedido de cessação de atividade ilícita formulado contra empresa que explora máquinas caça-níqueis, por ser de cunho inibitório, deve ser processado na esfera cível".

[332] Trata-se da Ação Civil Pública processada sob o n.651/09, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto/SP. Os defensores públicos do Estado de São Paulo responsáveis pela elaboração da ação foram Victor Hugo Albernaz Júnior e Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré.

[333] Bairro Jardim Presidente Dutra II, na cidade de Ribeirão Preto/SP, especialmente nas ruas Doutor Romano Morandi e Jornalista Cândido Mota Filho.

analisando o caso concreto, concluiu a ocorrência de um descuido da incorporadora, co-requerida na ACP, que construiu os imóveis em cima de um terreno que acoplava uma colônia de cupins. A amplitude do dano mostrou que a construtora deixou de analisar a viabilidade do terreno antes de construir, ou seja, não houve qualquer precaução por parte desta ao apurar as propriedades do solo na região, razão esta que ensejou sua responsabilização pelos danos, materiais e morais, sofridos pelos moradores. No que concerne às tutelas pretendidas, a ACP veiculou diferentes pretensões, pleiteando diferentes tipos de tutela: pretendeu a prevenção de dano iminente, no tocante aos danos patrimoniais e ambientais que poderiam ocorrer (tutela inibitória); pretendeu a cessão do ilícito que se perpetuava no tempo (tutela de remoção do ilícito); e pretendeu, ainda, a reparação dos danos já ocorridos, através do ressarcimento pecuniário (tutela condenatória)[334].

O supracitado caso pode ser enquadrado como uma situação jurídica heterogênea, na qual há duas ordens de conflitos em emergência: uma transindividual e outra individual. O conflito transindividual é constatado pela proeminência de lesão a direitos difusos (meio ambiente) e coletivos (saúde e segurança do grupo de moradores no bairro afetado pela praga). O conflito individual, por sua vez, é observado nas lesões a direitos individuais homogêneos (patrimônio dos moradores). Nesse caso, só foi possível realizar a efetiva tutela do direito a partir da combinação de diferentes técnicas de proteção, seja através da exteriorização de diferentes pretensões, seja pela combinação de procedimentos, judicial e extrajudicial (contato prévio com os órgãos públicos e outros responsáveis para a resolução amigável do problema). Notamos que a utilização de uma tutela não exclui as demais existentes, e, se tratando da proteção de direitos coletivos, são admitidas todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (CDC, art.83, caput).

---

[334] No caso em tela, vale a pena a exposição dos pedidos contidos na citada ação:
"Isso posto, requer-se a esse Egrégio Juízo:
a) seja *concedida a medida liminar de tutela inibitória*, para se determinar aos requeridos que procedam ao imediato combate à praga em questão na região afetada, atacando os ninhos e locais de reprodução do inseto, seja na praça próxima ou no subsolo, sob pena de multa diária, nos termos do art. 11, da Lei 7.347/85, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais);
b) seja *concedida a medida liminar de tutela de remoção do ilícito*, para se determinar aos requeridos que procedam ao imediato combate à praga em questão já instalada nas residências afetadas, para evitar a continuação do dano, bem como à imediata troca do madeiramento atingido, sob pena de multa diária, nos termos do art. 11, da Lei 7.347/85, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais);
c) seja julgado procedente a presente ação para confirmar as medidas liminares concedidas, de tutela inibitória e de remoção do ilícito, ou concedê-las na sentença, como espécie de tutela antecipada, e condenar, como forma de tutela ressarcitória, as co-requeridas COHAB-RP e MUNICÍPIO DA RIBEIRÃO PRETO a indenizar os moradores prejudicados pelos danos materiais e morais individualmente sofridos pelos atos ilícitos praticados pelas rés, na forma do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor;
d) a citação das requeridas para que, querendo, respondam os termos da presente ação, sob pena de revelia;
e) a intimação do D. Representante do Ministério Público, nos termos do art. 7º, § 1º da Lei 7.347/85;
f) a concessão dos benefícios previstos no artigo 18 da Lei nº 7.347/85; [...]".

Na verdade, como iremos evidenciar no tópico seguinte, que versa sobre a hipótese brasileira de tutela coletiva, a compreensão do art. 83, caput, do CDC aponta para um dever, antes mesmo do que para uma faculdade, a admissão, em juízo, de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses coletivos. Nesse sentido, diante do caso concreto, impõe-se o dever de pleitear e efetivar quantos tipos de tutela baste para satisfazer o direito ameaçado e/ou lesionado.

A CF/88 abre perspectivas para uma ampla proteção dos direitos, haja vista o arrolamento da inviolabilidade (CF/88, art.5, caput) dentre os direitos e garantias fundamentais. A inviolabilidade traz em si a ideia de que o direito não pode ser ameaçado ou lesionado (CF/88, art.5, inc.XXXV), inclusive havendo margem para invocar a proteção jurisdicional do Estado para fazer cessar a lesão ou ameaça. Para tornar efetiva a promessa constitucional de inviolabilidade de direitos, seu aspecto material deverá, invariavelmente, ser analisado, pois são suas peculiaridades (natureza, extensão, etc) que irão revelar o tipo de proteção que será necessário invocar. Considerando que é o processo civil o ramo responsável pela investigação dos instrumentos de efetivação do direito, não é possível admitir seu desenvolvimento à margem dessa sorte de problematização. As técnicas processuais devem se imantar do sentir constitucional e projetar instrumentos efetivos, reais, adequados à tutela do direito e, particularmente, às particularidades coletivas. É dizer: o instrumento (direito processual civil) é modificado pelo objeto de tutela (direito material). Somente com a permissão dessa aproximação do direito material com o instrumental é que podemos cogitar um sistema de tutela coletiva.

Essas digressões iniciais, que tangenciam as situações jurídicas heterogêneas, são ainda demasiadamente restritas se analisarmos o bem jurídico tutelado, pois, via de regra, são aventadas a partir de direitos coletivos reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico e positivados em algum documento legal, excluindo, assim, toda e qualquer forma de existência para além do direito posto, para além do paradigma de existência imposto, para além da racionalidade pressuposta. Trabalhamos com a hipótese de que a categorização de direitos coletivos e as restrições ao uso da tutela coletiva no Brasil reverberam uma totalidade jurídico-processual que atua na contramão da efetivação de direitos e, principalmente, solidificam e estratificam um modelo de direito, estado e sociedade que, mascarados sob o manto da legitimidade democrática, inibem o reconhecimento/afloramento histórico de direitos coletivos a partir da ocultação das tramas sociais que o originam.

Essa hipótese será estratégicamente trabalhada no terceiro capítulo. Por ora, descreveremos a tutela coletiva brasileira.

2.2 A hipótese Brasileira

A inserção da tutela coletiva na hipótese brasileira merece destaque, pois o modo com que foi realizada contribuiu para o incremento do distanciamento entre a teoria e prática da tutela, refletindo, pois, sobre a (in)efetividade da mesma.

Sérgio Cruz Arenhart[335] afirma que o Brasil trilhou a orientação do direito continental europeu de introduzir a tutela coletiva por iniciativa legislativa e não pela prática forense, característica esta que explica na dificuldade de sua aceitação pela jurisprudência, bem como, a timidez de seu manejo no foro. Segundo o autor, o primeiro diploma concebido especificamente para a tutela dos interesses da coletividade foi a Lei n.4.717, de 29 de junho de 1965 (LAP)[336], não obstante, leis anteriores previam a legitimidade de associações para a proteção coletiva de interesses de seus membros, como a Lei n.1.134, de 14 de junho de 1950[337] e o primitivo Estatuto da OAB[338]. "Entretanto, a Lei da Ação Popular foi a primeira que efetivamente procurou oferecer tutela coletiva a interesses metaindividuais, razão suficiente para ser considerada marco na história nacional das tutelas de massa".[339] De fato, antes da LACP, foram poucas as leis que dispuseram sobre direitos difusos ou coletivos, configurando um quadro de pontual proteção dos direitos metaindividuais que contava com uma legitimação e objeto limitados.

Essa proteção pontual é evidenciada também por Pedro Lenza, ao explicar que até o advento da LACP[340] na década de 80, a doutrina cogitava diferentes maneiras de resolução para

---

[335] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas Atuais de Direito Processual Civil, 6). p. 151.

[336] BRASIL. Lei n.4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[337] BRASIL. Lei n.1.134, de 14 de junho de 1950. Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária aos associados de classes que especifica. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1950-06-14;1134>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[338] BRASIL. Lei n.4.215, de 27 de abr. 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Revogada pela Lei nº 8.906, de 04 jul. de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1994. p. 10093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm#art87>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[339] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas Atuais de Direito Processual Civil, 6). p. 152.

[340] BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. p. 10649. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

cada uma das situações de proteção aos "bens coletivos"[341]. Conclui o autor que "Ao que se percebe, em relação ao art.6 do CPC, as poucas *permissões legais* autorizavam fosse pleiteado em nome próprio direito material alheio marcadamente *coletivo*, mas, em nenhuma das hipóteses *difuso*"[342]. Referida tutela poderia ser encontrada com a promulgação da LAP, na década de 60.

Gregório Assagra de Almeida[343], analisando o processo coletivo sob um prisma metodológico no direito processual, parte de um marco divisor posterior: a edição da LACP, com ulterior complementação pelo CDC[344] Encampando o mesmo posicionamento, encontramos Elton Venturi, que assevera que a implementação da LACP conjugada com o CDC deve ser considerada como "marco fundador de um verdadeiro sistema processual coletivo"[345].

De nossa parte, entendemos que a tutela coletiva pôde contar com um tratamento processual sistemático a partir da conjugação da LACP com o CDC. Contudo, leis setoriais que foram editadas antes da década de 90 merecem ser analisadas, haja vista sua relevância para a efetivação do conteúdo material dos direitos coletivos. Cumpre ressaltar, também, que esta análise permite uma melhor visualização do processo de alargamento dos bens jurídicos tutelados via coletiva, regramento este que, inclusive, continua parcialmente em vigor.

Na década de 40, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instituída pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maior de 1943[346], previu em seu artigo 513, alínea "a", ser prerrogativa dos Sindicatos representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à

---

[341] "Vislumbravam-se algumas situações de proteção aos *bens* coletivos em razão de vínculo jurídico a unir as pessoas do grupo entre si, como a hipótese de o acionista poder pleitear em juízo quer a anulação da deliberação da assembleia, quer a condenação do administrador a ressarcir o dano que causou à sociedade anônima nas hipóteses previstas no art.159, *caput* e §§3º e 4º, da Lei 6.604, de 15.12.1966, tratando a primeira situação de legitimação ordinária e a segunda de extraordinária; ou a hipótese de o condômino poder agir contra o outro para a cobrança de dívida do condomínio, ou, ainda, no direito de família, alguns membros desta poderem agir para anular o casamento e na interdição, vislumbrando nos exemplos destacado verdadeira *relação-base* (sociedade, condomínio, família)". LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 141. (grifo do autor).

[342] Ibid., p. 143. (grifo do autor).

[343] "No Brasil, o movimento do processo coletivo somente foi realmente levado a efeito no campo da legislação com a Lei n.7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a denominada *ação civil pública*, porém, ele se consagrou na democrática Constituição de 5 de outubro de 1988 e se aperfeiçoou com a Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que inclusive adotou, com algumas adaptações especialmente no que se refere à legitimidade ativa, o modelo da *class action* do sistema norte-americano". ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 43.

[344] BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[345] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 17.

[346] BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 ago. 1943. p. 11937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

atividade ou profissão exercida. Previu também, em seu artigo 856 e seguintes, o instituto do Dissídio Coletivo, que nada mais é do que uma forma de tutela coletiva de direitos trabalhistas.

Na década de 50, a Lei n.1.134, de 14 de junho de 1950 facultou a representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária aos associados de classes que especifica. Nos termos de seu art.1, foi facultada, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária, a representação coletiva ou individual dos associados de associações de classes sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral.

Na década de 60, duas leis se destacam na defesa de direitos coletivos: a LAP, através da qual são tutelados direitos coletivos, mais especificamente, "difusos", por intermédio do cidadão para a impugnação de ato ilegal e lesivo ao patrimônio público[347]; e o Estatuto da OAB, que previa, no art.1, legitimação da OAB na representação em juízo e fora dele dos interesses gerais da classe[348].

Na década de 70, a Lei n.6.708, de 30 de outubro de 1979[349], facultou aos sindicatos, independente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional, apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos (art.3, §2º).

Na década de 80, outros dois instrumentos normativos trataram da tutela coletiva, enfocando, contudo, a atuação ministerial: a Lei n.6.938, de 31 de agosto de 1981[350], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e prevê a possibilidade do ajuizamento de ação com pedido reparatório por danos causados ao meio ambiente; e a Lei Complementar Federal n. 40, 14 de dezembro de 1981, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMP) e previa, em seu artigo 3º, inciso III, o ajuizamento da ação civil pública como uma das funções institucionais do Ministério Público. Nessa mesma década,

---

[347] A ação popular será estudada em tópico ulterior. Cf.: SILVA, José Afonso da. **Ação popular**: doutrina e processo. 2. ed. rev., ampl. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2007; RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação popular. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org). **Ações constitucionais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 275 a 326.

[348] Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, 6). p. 151-152; LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 142.

[349] BRASIL. Lei n.6.708, de 30 de outubro de 1979. Dispõe sobre a correção automática dos salários, modifica a política salarial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 out. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6708.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[350] BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981. p. 16509. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

observamos, ainda, a implementação do sistema de proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, qual seja: o microssistema de tutela coletiva, que é composto pela LACP c/c CDC.

É importante ressaltar que a promulgação da CF/88 abriu oportunidade para a oxigenação da tutela coletiva, pois seus princípios, direitos e garantias fundamentais permitem o questionamento da instrumentalidade do processo, da promoção da justiça social, da efetivação dos direitos coletivos e do descompasso existente entre a teoria e a prática processual. É a leitura constitucional da coletivização do processo como meio renovatório de acesso à Justiça[351].

A preocupação hodierna revela uma tendência pós-moderna, em que a atuação estatal se volta mais à realização do que à declaração dos direitos coletivos. A partir da superação do individualismo liberal e sob inspiração do humanismo solidário do Estado do bem-estar social, cremos que a tutela coletiva pode cumprir, a contento, o seu desiderato, principalmente no tocante à instrumentalização da afirmação do Estado democrático de direito.

São inúmeros os diplomas infraconstitucionais que tratam de direitos ou interesses coletivos. A título de exemplificação, enumeramos: a Lei n.6024, de 13 de março de 1974[352], que trata de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras (artigos 45 e 46); a Lei n.6938/81, que disciplina a política nacional do meio ambiente; a LACP; a Lei n.7.853, de 24 de outubro de 1989[353], que do artigo 3 ao 7 disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o estatuto da criança e do adolescente (ECA), cujos artigos 208 a 224

---

[351] No que tange a compreensão das ondas renovatórias de acesso à justiça remetemos a leitura da obra de referência mundial de autoria de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, intitulada "Acesso à Justiça". Nesse estudo, Cappelletti e Garth indicam ao menos três ondas renovatórias do acesso à justiça: justiça aos pobres, coletivização dos processos e efetividade do processo. Como obstáculos a serem transpostos pela ciência processual em sua fase instrumentalista são apontados: (a) de natureza econômica: pobreza, acesso à informação e representação adequada; (b) de natureza organizacional: interesses de grupo (de titularidade difusa); e (c) de natureza procedimental: instituição de meios alternativos de resolução de conflitos. Cf. CAPPELLETTI, Mauro; CARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre, Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
Atualmente discute-se uma possível quarta onda renovatória, que envolveria o estudo da gestão judicial. A magistrada pernambucana Higyna Bezerra indica que esta "Gestão Judiciária" analisa novas proporções funcionais que o juiz assume como gestor, que se preocupa não só em sentenciar e despachar, mas, sobretudo, em entregar uma prestação jurisdicional eficiente e efetiva. Nesse sentido, prima-se por uma mudança de mentalidade, em que se exalta a postura criativa do juiz que não espera alterações externas, administrativas ou legislativas, para aprimorar a excelência da prestação jurisdicional e o acesso a uma ordem jurídica justa.

[352] BRASIL. Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mar. 1974. p. 2865. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ L6024.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[353] BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1989. p. 1920. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

disciplinam a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das crianças e adolescentes; o CDC, que em seus artigos 81 a 104 disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos dos consumidores; e a Lei n.10.741, de 1 de outubro de 2003[354], que institui o estatuto do idoso e disciplina, através de seus artigos 69 a 92, a tutela dos direitos e interesses coletivos e individuais das pessoas idosas.

Nos termos do artigo 1 da LACP, a ACP é instrumento adequado para a proteção dos direitos ou interesses difusos ou coletivos referentes: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; VI – à ordem urbanística.

João Batista de Almeida aponta[355] ainda que tanto a CF/88, como a legislação infraconstitucional, apontam pela tutela coletiva lastreada em: a) o patrimônio público e social (CF/88, art.129, III); b) os direitos e interesses das populações indígenas (CF/88, art.129, V); c) as pessoas portadoras de deficiência (lei n.7.853/89); d) os investidores no mercado imobiliário (lei n.7.913/89); e) o consumidor (CDC); f) o patrimônio público em caso de enriquecimento ilícito de agente ou servidor público (lei n.8.429, de 2 de junho de 1992)[356]; g) a criança e o adolescente (ECA); h) o idoso (estatuto do idoso); i) o torcedor (lei n.10.671, de 15 de maio de 2003)[357]; j) os serviços públicos (lei n. 8.078/90); e k) a ordem urbanística (lei n.10.257, de 10 de julho de 2001)[358].

Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto apontam como normas que disciplinam a aplicação dos direitos coletivos, as leis acima mencionadas e, também, a LAP e a lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (lei n. 8.884, Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994)[359], que, juntas, formam um "único sistema interligado de proteção"[360].

---

[354] BRASIL. Lei n.10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 out. 2003. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[355] ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

[356] BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Suplemento, p.6993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[357] BRASIL. Lei n.10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 maio 2003. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[358] BRASIL. Lei n.10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 2011. Diário eletrônico, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[359] BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá

2.2.1 O microssistema autônomo de regulação brasileira

Conforme foi exposto, a tutela coletiva no Brasil teve como marco inicial a edição da LACP em 1985 e do CDC em 1990, instrumentos estes que formam um sistema integrado e autônomo de regulação dos direitos coletivos e que conta com leis esparsas complementares.

Esta integração decorre de expressa disposição de lei, a saber, o artigo 21 da LACP determina a aplicação do Título III do CDC na defesa dos direitos e interesses coletivos, e o artigo 90 do CDC, que prevê a aplicação da LACP e do CPC naquilo que não contrariar suas disposições. Isto posto, podemos afirmar com absoluta certeza que a célula nuclear da tutela coletiva repousa no LACP c/c CDC. O desafio desse sistema integrado é a aplicação conjunta ou suplementar de outras leis igualmente relevantes, pois outros instrumentos normativos foram posteriormente editados e de imprescindível relevância à tutela coletiva (v.g., o ECA, a lei antitruste e o estatuto do idoso).

Por expressa permissão legal (CDC, art.83), admite-se toda e qualquer espécie de ação na tutela de direitos coletivos, entendidos em seu sentido amplo. Segundo o magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio da Cruz Arenhart[361]:

> A ação coletiva [...] pode veicular quaisquer espécies de pretensões imagináveis, sejam elas inibitória-executiva, reintegratória, do adimplemento na forma específica, ou ressarcitória [...] Todas podem ser prestadas por qualquer sentença adequada (inclusive, portanto, pelas sentenças mandamental e executiva). Admitem, ainda, pretensões declaratórias e constitutivas.

Conforme o provimento pretendido, o autor da ação coletiva poderá propor ação popular, ação civil pública, mandando de segurança coletivo, enfim, qualquer espécie de ação admitida no direito processual civil, inclusive as cautelares e o pedido de antecipação de tutela.

A inexistência de um regramento único revela um processo coletivo por vezes incompleto e até mesmo extemporâneo, impondo ao exegeta uma interpretação sistemática e lógica das diversas normas que compõem o microssistema de regulação vigente. Utilizando lição de Pietro Calamandrei, não fosse o descomprometimento do operador do direito em

---

outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jun. 1994. p.8439. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[360] GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras: projeto de lei n.5.139/2009. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor,** Porto Alegre/RS, n.27, p. 5-21, jun/jul. 2009. p. 6.

[361] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 731

introduzir nas fórmulas impiedosas da lei a compreensão humana da razão, uma codificação do processo coletivo não seria necessária, bastando uma utilização ampla dos provimentos jurisdicionais existentes, e em consonância às aspirações coletivas, para, assim, restar satisfeita e, porque não, avançada a tutela coletiva no Brasil.

Nesse sentido, manifesta-se Elton Venturi[362]:

> [...] o emprego da interpretação sistemática, teleológica e pragmática da técnica processual brasileira, necessariamente derivada de uma atenta leitura do princípio constitucional da efetividade e da inafastabilidade da prestação jurisdicional visando à proteção de direitos individuais, coletivos e difusos, acrescida de um mínimo de sensibilidade social e preparo técnico do aplicador do Direito, por si só já seria suficiente para oxigenar a revolução paradigmática do processo civil.

Nota-se, pois, que o desafio do direito processual civil moderno consiste em conviver com uma multiplicidade de fontes materiais e formais, hipercomplexidade normativa esta que, quando não manejada adequadamente, obstacuraliza a concretização dos direitos.

Além dos entraves dogmáticos e hermenêuticos, convive-se com um processo atrelado ao modelo do Estado liberal, cuja instrumentalidade remete à resolução dos conflitos individuais e se volta a interesses patrimoniais disponíveis. Esse paradigma individualista condiciona e restringe o acesso à Justiça, inibindo a confirmação da solidariedade e da dignidade da pessoa humana como epicentro axiológico da ordem constitucional vigente. No que tange ao processo coletivo, o paradigma vigente condena-o à ineficácia, dada sua inaptidão em servi-lo satisfatoriamente.

Para envidenciar a insuficiência do paradigma processual vigente em servir às aspirações coletivas, remetemos à análise de Elton Venturi[363] em temática crucial dentro da teoria geral do processo, qual seja, as condições da ação: a legitimação ativa nas ações coletivas impõe o abandono do critério da titularidade da pretensão material reclamada; o interesse processual adquire novos contornos, e embora o binômio utilidade e adequação sirva ainda como critério balizador da admissibilidade em juízo, é imperioso observar que o magistrado deve apreciar a inicial de uma ação coletiva sob o ponto de vista do interesse e relevância social do objeto tutelado, primando sempre pela proteção do bem judicializado e preterindo a extinção do feito em decorrência de formalismos procedimentais; a possibilidade jurídica do pedido também é redimensionalizada, pois devem ser admitidos todos os tipos de pedidos que se apresentem adequados para a tutela dos direitos meta-individuais (CDC, art.83).

---

[362] VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39-40.
[363] Ibid.

Para Ada Pellegrini Grinover vários são os celeumas derivados da aplicação das normas de processo civil à tutela coletiva, pois nesta o objeto da proteção estatal é o Homem, e não somente o direito, a finalidade da ação é servir como meio de participação política do povo no Estado, a função jurisdicional não se limita a dizer o direito ao caso concreto, mas, antes, adquire contornos promocionais da consciência coletiva e social, o processo coletivo não se esvai na solução de conflitos, mas, antes, atua como meio de apropriação coletiva de bens comuns e relevantes, desde dotado da necessária efetividade.

2.2.2 Instrumentos de judicialização de direitos coletivos

Observamos no tópico anterior que no Brasil coexistem diferentes normas cujo objeto é algum aspecto (formal ou material) da tutela coletiva. Dentre as leis setoriais apontadas, notamos uma oscilação no conteúdo predominante: algumas se destacam pelo bem jurídico que logram tutelar (*v.g.* o ECA visando a proteção integral da infância e da juventude e o estatuto do idoso visando a proteção do processo de envelhecimento com dignidade); outras se destacam, para além da relevância material, pela repercussão procedimental (*v.g.*, a LACP instituindo o procedimento comum coletivo, que é a ACP). Notamos, também, que o fundamento normativo de cada um dos instrumentos dispostos igualmente oscila: alguns instrumentos possuem lastro constitucional (*v.g.* mandado de segurança - MS e ADPF); outros, infraconstitucional (*v.g.* CDC e LAP). Essas especificidades impedem que, mesmo dentro de uma abordagem panorâmica da tutela coletiva brasileira, façamos uma enumeração aleatória ou até mesmo exaustiva do rol dos procedimentos processuais coletivos existentes. Também razões pautadas no conteúdo e forma ou técnica de análise nos impelem a abordar a temática de modo diferenciado, razões estas que pretendemos sumariamente anunciar.

A primeira razão é de ordem científica, e diz respeito às repercussões sentidas pela abordagem meramente descritiva. A verificação e o arrolamento acrítico dos procedimentos, processos e ações existentes no ordenamento jurídico brasileiro, constituem atividade estéril, que não corresponde às expectativas de um trabalho científico. Recentemente, percebemos a edição de várias obras de direito e processo coletivo as quais, em sua maioria, veiculam exatamente essa forma de abordagem, recorrendo à técnica de análise descritiva e se propondo a somente comentar leis vigentes. Nesse sentido, são várias as opções no mercado.

Ao lado das leis comentadas, outra gama de obras jurídicas começa a ser disseminada: as coletâneas de textos. A reunião, em uma mesma obra, de diferentes pontos de análise temática é de extrema valia para o desenvolvimento do conhecimento em questão, sobretudo porque disponibiliza um amplo leque de enfoques. Contudo, notamos que essa tradição de coletâneas tem subsidiado a publicação de textos dogmáticos reunidos ao acaso, aleatoriedade essa que contribui para o aviltamento da tutela coletiva na medida em que contribui para a sedimentação de um conhecimento setorial (posto que cada texto analisa um ponto específico), unidimensional (posto que tecido sob uma perspectiva determinada) e acrítico (posto que voltado tão somente para a descrição da norma). De modo que o conhecimento acumulado termina por atender à razão tecnológica, transformando os juristas em "operadores" e reduzindo o fenômeno jurídico-normativo à técnica. Os "manuais", as "leis comentadas", atendem, pois, às expectativas de mercado (consumo de instrumental dogmático) e de dominação (manutenção do status quo a partir da consolidação de uma cultura técnica vazia cuja perspectiva é reforçar as contingências das estruturas burocráticas e capitalistas vigentes).[364]

---

[364] Nesse sentido, Antônio Alberto Machado:

"Investigando a ideologia típica da sociedade industrial capitalista, Hebert Marcuse destaca um estilo de pensamento que denominou *filosofia unidimensional*, com o que pretendeu designar a inteira prevalência da razão tecnológica, ou instrumental, sobre todas as diversas formas de pensamento acerca das questões sociais e de suas contradições. Com isso, demonstrou que os diferentes modos de pensar a realidade sempre acabam subordinados pelo poder do pensamento positivo, o qual se impõe como uma verdadeira vitória sobre a contradição.

Tal significa dizer que a razão tecnológica, na sociedade industrial positivista, é uma espécie de pensamento único que subordina todas as formas diferentes de pensamento, produzindo uma realidade unidimensional que exclui a divergência, a contestação e todas as possibilidades alternativas de explicação do real. Eis, portanto, o núcleo da filosofia unidimensional, expressa na razão tecnológica, como forma de superação das contradições da realidade e dos eventuais modos contraditórios de explicá-la. Trata-se, portanto, de um pensamento tipicamente positivo, livre das divergências que pudessem desconfirmá-lo como ideal científico de compreensão da realidade na civilização industrial.

Processo semelhante ocorre com o pensamento tecnicista no direito, em que a mentalidade positivista busca suprimir todas as contradições do sistema jurídico, excluindo as possibilidades de se captarem as suas eventuais inadequações frente à realidade social, mediante argumentos tecnológicos que apresentam o direito como um sistema apto a responder a todas as questões postas pela organização social, garantindo-lhe a coerência, harmonia e funcionamento por meio de técnicas de eficácia indiscutível.

Esse tecnicismo não admite nenhuma espécie de questionamento sobre a sua eficácia, porque esta já se encontra consolidada no sistema social, onde o desempenho da atividade econômica produtiva é a maior prova dela. Logo, os questionamentos acerca da legitimidade do sistema jurídico, da sua aptidão para produzir formas democráticas de sociabilidade, dos seus padrões de justiça etc., surgem como indagações irracionais, contrapostas à racionalidade técnica de um sistema que se legitima em si mesmo porque garante a institucionalização e a permanência dos pressupostos que sustentam os padrões produtivos e de sociabilidade na civilização capitalista.

É por essa razão que o saber jurídico se esgota num saber meramente tecnicista, que prescinde de todas as demais formas de conhecer a realidade jurídica, cujas dimensões ética, política, cultural e social já estão absorvidas pela racionalidade da norma, capaz de reduzir todas aquelas dimensões à 'razão jurídica'. O conhecimento unidimensional dos aspectos meramente normativos do subsistema jurídico, portanto, se apresenta como a razão suficiente, ou pensamento positivo, capaz de subordinar todos os outros modos (não jurídicos) de se compreender e avaliar esse subsistema". MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2009. p. 98-99. (grifo do autor).

A segunda razão pela qual não nos restringiremos à descrição das espécies de ação existentes coincide com o recorte temático pretendido: estudar a tutela coletiva no contexto do Estado democrático de direito brasileiro, que é um "estado de justiça material" comprometido com a transformação da realidade social[365]. Esse recorte demanda uma aproximação entre teoria e prática da tutela coletiva, a fim de confrontá-las e, assim, verificar a efetividade da prestação jurisdicional. Nesse movimento, percebemos a relevância de, para além da verificação dos mecanismos dispostos, investigarmos a estrutura jurídico-processual na qual se inserem. É dizer: não basta identificar a descrever as ações existentes, antes, cumpre verificar as tutelas possíveis e necessárias, sistematizando-as para que atendam aos escopos do processo coletivo, os quais sofrem profunda influência do direito material.

Para alcançar os objetivos propostos, enfrentamos três pontos de discussão: espécies de tutela existentes (administrativa, normativa e jurisdicional), com destaque para o estudo da reclassificação da modalidade jurisdicional lastreada na dimensão total da ação; espécies de procedimentos processuais dispostos; e principais figuras de acionamento judicial.

2.2.2.1 As espécies de tutelas existentes

Quando falamos em tutela de direitos coletivos estamos remetendo a uma ordem de proteção que supere a pauta normativa positivada e se demonstre efetiva no plano fático, real. Sob esta perspectiva, podemos cogitar diferentes espécies de tutela, as quais se manifestam de diferentes maneiras. Outro aspecto que se deve ter em vista é que a tutela de direitos coletivos está inserida no bojo dos direitos e garantias fundamentais do Estado democrático de direito, o que impõe, por parte do Estado, uma proteção integral desses interesses, preferencialmente, de modo a colocá-los a salvo de qualquer lesão ou ameaça. De fato, inclusive no plano do acionamento judicial, urge priorizar formas de tutela que atuem antes da violação dos direitos coletivos, dado as dimensões catastróficas (muitas vezes irreparáveis) decorrentes das respectivas lesões. Urge, também, perceber que não só o Judiciário, no exercício de sua função precípua constitucional de prestar a atividade jurisdicional, é responsável pela tutela de direitos.

---

[365] "A tentativa de utilização impensada dos institutos do direito processual civil clássico para dar resposta às tutelas jurisdicionais coletivas só resultou em barreiras à proteção dos direitos ou interesses coletivos primaciais à sociedade, o que flagrantemente contraria a concepção de Estado Democrático de Direito – que é o *Estado de Justiça* Material ou também *Estado da Transformação da Realidade Social* – adotada no art.1º da Constituição da República Federativa do Brasil". ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 138. (grifo do autor).

Luiz Guilherme Marinoni[366] assevera que o Estado deve, antes de tudo, proteger os direitos fundamentais mediante normas de direito, que constitui a tutela normativa. Esta forma de tutela se caracteriza por estabelecer parâmetros jurídico-legais para proteção de direitos, e encontra no exercício da atividade legislativa seu meio de atuação por excelência. Importante destacar que a tutela normativa não age tão somente impondo sanções para os casos em que houver a violação de direitos, pelo contrário: as normas podem impor deveres e obrigações à sociedade, aos particulares, às empresas e iniciativas privadas e, inclusive, ao próprio Estado, em suas diversas manifestações[367]. Portanto, a positivação do direito é uma das vias pelas quais o Estado também exerce seu poder-dever de tutela, sem, contudo, esgotá-lo nela.

Entendemos que reduzir o âmbito da tutela ao normativo é incorrer em risco de perpetrar uma postura de conformação enquanto conformismo, tendo em vista que o ordenamento disposto funciona também como instrumento de dominação. Mediado pelo manto da racionalidade e da legitimação política, as normas (leis) atuam de forma estratégica, construindo uma realidade pré-determinada e cuja existência é construída para atender finalidades bem definidas (projeto hegemônico do capital). Desvelar o conteúdo normativo e propugnar por uma tutela que supere a pauta positiva é atitude indispensável para se concretizar os direitos coletivos, sejam eles considerados direitos humanos, direitos fundamentais, direitos sociais, etc. Percebemos que o sistema jurídico, via de regra reduzido ao âmbito normativo-positivado, atua como uma moldura na qual a classe dominante pretende que toda a sociedade de enquadre. Trata-se de estratégia de conformação na qual as expectativas sociais são contidas em nome da ordem e do progresso, e a dominação estrutural é mascarada sob a véstice da legalidade (sempre, formal; nunca, substancial).

Boaventura de Sousa Santos utiliza a metáfora do espelho[368] para questionar essa racionalidade instrumental, que age construindo uma miragem de realidade que, ao final, adquire vida própria, oprimindo o homem real e ocultando as tramas sociais. Assim, o espelho substitui a

---

[366] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 241.

[367] Luiz Guilherme Marinoni exemplifica a tutela normativa da seguinte maneira: "É o que ocorre, por exemplo, quando se pensa na legislação de proteção ao meio ambiente e na legislação de defesa do consumidor. A norma que proíbe a construção em determinado local e a norma que proíbe o despejo de lixo tóxico em certo lugar, constituem normas de proteção ou de tutela do direito fundamental ao meio ambiente". MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 241.

[368] "Graças à investigação e à teoria feministas, sabe-se hoje que os espelhos, sendo um objecto de uso corrente desde há muitos séculos, são sados de modo diferente pelos homens e pelas mulheres e que essa diferença é uma das marcas da dominação masculina. Enquanto os homens usam o espelho por razões utilitárias, fazem-no pouco frequentemente e não confundem a imagem do que vêem com aquilo que são, as mulheres têm de si próprias uma imagem mais visual, mais dependente do espelho, e usam-no mais frequentemente, para construir uma identidade que lhes permita funcionar numa sociedade em que não ser narciístico é considerado não feminino [...]". SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. v. 1. p. 47.

própria realidade, fazendo da miragem uma imagem de um super-sujeito que em nada corresponde ao real, provocando o que David Sanchez Rubio denomina como "desorientação social". "[...] *La sociedade no llega a conocerse em ella porque deja de mostrar imágenes creíbles. La estatua tiene una morada vacía y opaca, ciega que, con vida propia trata mirarse a sí misma, a los pies que la sostienen. Se tambalea, se desequilibra y cae*"[369].

Transcrevemos excerto de autoria de Boaventura de Sousa Santos, explicando a metáfora:

> Ou seja, as sociedades são a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes num dado momento histórico. São os espelhos que, ao criar sistemas e práticas de semelhança, correspondência e identidade, asseguram as rotinas que sustentam a vida em sociedade. Uma sociedade sem espelhos é uma sociedade aterrorizada pelo seu próprio terror.
> Há duas diferenças fundamentais entre o uso dos espelhos pelos indivíduos e o uso dos espelhos pela sociedade. A primeira diferença é, obviamente, que os espelhos da sociedade não são físicos, de vidro. São conjuntos de instituições, normatividades, ideologias que estabelecem correspondências e hierarquias entre campos infinitamente vastos de práticas sociais. São essas correspondências e hierarquias que permitem reiterar identificações até ao ponto de estas se transformarem em identidades. A ciência, o direito, a educação, a informaçaão, a religião e a tradição estão entre os mais importantes espelhos das sociedades contemporâneas. O que eles reflectem é o que as sociedades são. Por detrás ou para além deles, não há nada.
> A segunda diferença é que os espelhos sociais, porque são eles próprios processos sociais, têm vida própria e as contingências dessa vida podem alterar profundamente a sua funcionalidade enquanto espelhos. Acontece com eles o que aconteceu com o espelho da personagem da peça *Happy Days* de Samiuel Beckett: 'Leva o meu espelho, ele não precisa de mim'. Quanto maior é o uso de um dado espelho e quanto mais importante é esse uso, maior é a probabilidade de que ele adquira vida própria. Quando isto acontece, em vez de a sociedade se ver reflectiva no espelho, é o espelho a pretender que a sociedade o reflicta. De objecto do olhar, passa a ser, ele próprio, olhar. Um olhar imperial e imperscrutável, porque se, por um lado, a sociedade deixa de se reconhecer nele, por outro não entende sequer o que o espelho pretende reconhecer nela. É como se o espelh passasse de objecto trivial a enigmático super-sujeito, de espelho passasse a estátua. Perante a estátua, a sociedade pode, quanto muito, imaginar-se como foi ou, pelo contrário, como nunca foi. Deixa, no entanto, de ver nela uma imagem credível do que imagina ser quando olha. A actualidade do olhar deixa de corresponder à actualidade da imagem.[370]

Tal como advertido ficcionalmente por José Saramago em sua obra "Ensaio sobre a cegueira"[371], também no direito é preciso considerar a latente cegueira provocada pela miragem

---

[369] RUBIO, David Sánchez. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla, España: Editorial MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos). p. 20.
[370] SANTOS, Boaventura Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. v. 1. p. 47-48.
[371] SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira.**

da completude da lei. A cegueira é o drama de nossos tempos. Deixar a tutela coletiva à espécie normativa é condená-la à inércia[372].

Pois bem. Para além da tutela normativa, encontramos a tutela administrativa, cujo conteúdo central é o exercício, pelo Estado, de atividade fiscalizatória sobre o cumprimento do teor das normas, impondo sua observância, removendo os efeitos concretos decorrentes de sua inobservância e sancionando o seu descumprimento[373]. Notadamente, percebemos o exercício dessa atividade por meio dos agentes do Estado em suas diversas estruturas, sendo o Executivo elemento fulcral da sua concretização (por meio de suas chefias – prefeituras, governos estaduais, secretarias, ministérios, entre outras).

Por fim e não menos importante identificamos a tutela jurisdicional, que atuará de diferentes maneiras, conforme as particularidades do caso concreto. Tendo já traçado, anteriormente, os principais delineamentos da tutela de direitos[374], e pressupondo que a atividade jurisdicional é monopólio do Estado e exercido através do Poder Judiciário, enfocaremos os tipos de tutela disponíveis no Brasil.

Para tanto, recorremos aos estudos de Sérgio Cruz Arenhart[375], em teoria construída a partir das novas perspectivas da tutela em face do direito material[376]. O autor inicia sua abordagem teórica discorrendo sobre o problema da efetividade da tutela de direitos, apontando, como causa, a crise de legitimidade pela qual o Estado atravessa e a constante tensão existente entre a realidade (ser) e a atuação estatal (dever ser). Esse descompasso, sentido em todos os ramos do Direito, contribui para a edição de normas processuais (dever ser) esparsas e obsoletas, atualizadas somente de modo reflexo e mediato ao Direito Civil (ser), como se deste fosse mero apêndice. Desta postura decorre, lógica e invariavelmente, a ineficácia e inaptidão do processo em servir de instrumento à consecução e acesso à justiça. Segundo Arenhart, os escopos meta-jurídicos (elementos ideológicos sociais, políticos, econômicos, históricos, culturais) que incidem sobre o Direito não podem ser ignorados, pois é a partir dos mesmos que é possível esboçar um panorama das tutelas baseado na dimensão total da ação. Nesse sentido, o autor não só critica a

---

[372] Ressaltamos que trabalhamos com a hipótese de cooptação política como um dos problemas estruturais no processo de formação do Estado brasileiro. Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias; COSTA, Yvete Flávio; FREITAS, José Carlos Garcia. Problemas estruturais no processo de formação do Estado brasileiro: uma análise à luz das obras de Raymundo Faoro e Simon Schwartzman. **Diritto & Diritti**, Ragusa, 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30209-problemas-estruturais-no-processo-de-forma-o-do-estado-brasileiro>. Acesso em: 02 nov. 2010.

[373] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 241.

[374] Cf. p. 122 et seq do presente trabalho (item 2.1.1 Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos).

[375] Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 21-136. (Temas atuais de direito processual civil, 6).

[376] Cf. RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Resenha: ARENHART, Sergio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, p. 397-399, jan./jun. 2010.

classificação tradicional das tutelas (baseada nos efeitos), mas também propõe uma nova classificação fundada no objeto tutelado e na forma protetiva da pretensão, distinguindo, dentre os provimentos existentes, aqueles que atuam no plano jurídico (declaratório, constitutivo e desconstitutivo) e os incidentes no mundo concreto (mandamentais ou executivos).

O aludido autor denuncia, ainda, que a opção pátria em adotar majoritariamente provimentos condenatórios para a solução dos conflitos revela-se postura não só ineficaz, por não satisfazer os interesses imediatos das partes no mundo sensível, como também injustificável em se tratando de pretensões coletivas. Considerando que os direitos adquiriram uma nova tônica molecular (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), exige-se do intérprete uma nova mentalidade, seja pela relevância dos interesses, seja pela extrema lesividade que suas eventuais violações (irressarcíveis e irreparáveis) possam conter. Para romper com a hegemonia da divisão clássica das ações, Arenhart resgata a tutela mandamental como categoria autônoma que, numa concepção atual, não se limita a acenar o direito e acaba por emanar uma ordem (com força de ato de império) que opera concretamente (compelindo a prestação exigida). Nesse sentido, o autor extrai das tutelas de prestação concreta o seu real sentido e alcance[377], optando por focalizar uma (a inibitória) das ditas novas tutelas (reintegratória, ressarcitória e de adimplemento), distinguindo quais as que se dirigem ao dano (ressarcitória) e quais atacam o ilícito (a reintegratória e a de adimplemento atuando de modo repressivo, e a inibitória e a preventiva executiva de modo preventivo).

Não é excessivo afirmar que a análise da tutela jurisdicional influi, inexoravelmente, na ação. É através da ação que se obtém a tutela jurisdicional do direito. A ação é instrumento, é meio pelo qual se afirma um direito ou situação jurídica, chamando a apreciação judicial ao caso para concretizá-lo, individualizando a tutela em uma situação específica[378]. Esse instrumento (a ação) se realiza de um modo específico: o procedimento. O exercício do direito de ação impõe um

---

[377] Arenhart aprofunda-se na seara das Ações Civis Públicas realçando sua qualidade de instrumento de exercício da democracia participativa direta, no qual o juiz exerce, paralela à atividade jurisdicional, nítida função política. É que as demandas coletivas trazem em seu bojo, na maioria das vezes, conflito de interesses igualmente constitucionais, não hierarquizados, fazendo da conjugação do binômio princípio da proporcionalidade (ponderação do resultado prático mais vantajoso, exigível e adequado) e sensibilidade do magistrado (numa atividade discricionária e política) a verdadeira pedra de toque para o julgamento da ação. Nesse sentido (peculiaridades na apreciação de ações coletivas) é notável a proposta do autor para um novo sistema de valoração de provas (com aplicação do princípio da preponderância diante confrontos de direitos relevantes), em que a noção de verdade adquire um novo papel no processo: meio retórico voltado à legitimação da decisão judicial. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, 6).

[378] O conceito de sentença, nesse sentido, passa a ser redimensionado, pois não mais se justifica a idéia de que, pela sentença, se exaure o direito de ação ou muito menos a tutela do direito. Aliás, há casos em que a sentença não se presta à tutela do direito, como, por exemplo, nos casos em que o processo é extinto sem o julgamento de mérito. Nesse caso, o direito ou interesse lesado sequer chega a ser apreciado pelo juiz; quanto ao autor, este não conseguiu expor seus fatos de modo pleno, pois não há a cognição judicial e, sequer, a resolução de seu conflito particular. Provocamos: houve o exercício do direito de ação nesse caso? Houve tutela de direito?

modo de agir, de proceder, pré-determinado ou determinável. O procedimento atua como técnica processual de efetividade, pois é nele que os atos se concatenam, se realizam, se encaminham para que a tutela pretendida se realize, concretizando o direito judicializado. Crucial, pois, analisar como esse procedimento pode ser desenvolvido e em que medida essa técnica efetiva o direito[379].

2.2.2.2 Os procedimentos processuais coletivos

A propugnada autonomia do direito processual coletivo não nega a unidade do direito processual, contudo, sua afirmação frente à tradicional dicotomia processual (civil/penal) é imprescindível para que possamos efetivar a tutela jurisdicional de direitos coletivos. "Caso contrário, a *forma* e precisamente o *instrumento* não corresponderão aos anseios e às necessidades do objeto".[380]

Gregório Assagra de Almeida sistematiza o direito processual coletivo a partir das especificidades do objeto tutelado, cindindo-o em direito processual coletivo especial (responsável pela tutela jurisdicional do direito objetivo) e direito processual coletivo comum (responsável pela tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo), sendo que cada um desses ramos-objeto contam com um procedimento processual específico[381]. Essa iniciativa do autor é única na doutrina nacional, e remonta à sua dissertação de mestrado defendida no ano 2000, tendo sido publicada no formato de livro em 2003. Curioso notar que, desde então, sua obra permanece inédita, já que nenhum outro jurista brasileiro se propôs a sistematizar o direito processual coletivo tal como o fez Assagra. De fato, nenhum outro jurista sequer se propôs a fazer qualquer outro tipo de sistematização do direito processual coletivo como um todo, o que comprova, ainda hoje, a persistência de uma grande lacuna no conhecimento, bem como, a inércia dos doutrinadores no campo de estudo da tutela coletiva, que persistem em investigar os principais pontos de estrangulamento da matéria (*v.g.* coisa

---

379 "*Cuando se habla de democracia no sólo hay que entenderla desde el punto de vista formal o procedimental. No se reduce exclusivamente a un método para la toma de decisiones colectivas. Se podría decir que junto al quién y al cómo referidos a reglas procedimentales que expresan la soberanía popular y el juego de las mayorías, la democracia también posee una dimensión sustancial, en tanto práctica y modo de vida y en tanto a contenidos que hay que respetar, garantizar y, además, permitir desarrollar. Es este ámbito, que hace referencia al qué de las decisiones, el que viene estructurado y delimitado principalmente por los derechos humanos*." RUBIO, David Sánchez. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos). p. 21-22.

380 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 139 et seq. (grifo do autor).

381 Ibid., p. 139-140.

julgada coletiva, legitimação para agir, transação de direitos coletivos, entre outros) sem enfrentar o desafio de perquirir as estruturas desse novo ramo da ciência processual. Ao nosso ver, é acertada a manutenção das premissas da teoria geral do processo como aplicáveis ao direito processual coletivo, porém, as especificidades da tutela coletiva impõe uma releitura dos institutos jurídicos correlatos. Negar-se a enfrentar esse desafio, esquivando-se em comentários à leis setoriais, é permanecer em um estado letárgico que só endossa a perpetração de mais e maiores violações à direitos coletivos. Além disso, a ausência de pesquisas que encampam a autonomia científica do direito processual coletivo evidencia uma cultura de desconhecimento de seu objeto e de passividade frente à atividade legiferante estatal, como se os avanços na tutela coletiva dependessem tão somente da tutela normativa, por meio da edição de leis[382].

Nesse momento, oportuno distinguir um e outro procedimento coletivo.

2.2.2.2.1 O procedimento comum coletivo

O direito processual coletivo comum conta com procedimentos específicos, previstos na CF/88: a ação popular (art.5º, LXXIII), a ação civil pública (art.129, III), o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX), o mandado de injunção (art.5º, LXXI), a ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§ 10 e 11) e o dissídio coletivo (art.114). Estes procedimentos visam judicializar a tutela do direito subjetivo coletivo em sentido amplo, e conta como regramento-base o microssistema integrado e autônomo composto pela LACP e pelo CDC. Trata-se de tutela que tem por objeto a resolução de lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude[383], e tem por característica maior a capacidade de instrumentalizar a proteção de direitos coletivos de toda e qualquer categoria (difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo) e natureza (*v.g.* meio ambiente).

[382] É espantoso como os processualistas aguardam, ansiosos, a aprovação de um código de processos coletivos ou, no mínimo, a edição de uma nova lei de ação civil pública, como se a tutela normativa pudesse, por si, elidir todos os celeumas da matéria. É claro que a tutela normativa é importantíssima, porquanto reforça as formas de proteção dos direitos coletivos, mas, o que nos surpreende, é a expectativa alimentada entorno da aprovação de qualquer uma das leis, que não é acompanhada por um intenso debate científico sobre o direito processual coletivo. Para não incorrer em generalizações banais, destacamos o comprometimento e seriedade científica continuamente externada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Elton Venturi, além do comentado Gregório Assagra de Almeida, juristas estes que realmente tem se dedicado ao direito processual coletivo.

[383] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 140.

2.2.2.2.2 O procedimento comum especial

O direito processual coletivo especial, como foi dito, se destina a tutelar o direito objetivo, ou seja, a lei "em tese", abstrata. É por meio dessa vertente que se estuda as ações de controle concentrado de constitucionalidade, as quais logram realizar a manutenção da higidez constitucional, através da extirpação de leis e/ou interpretações de leis inconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. Importante notar que o direito processual coletivo especial não se confunde com o direito constitucional processual[384], já que este se aplica indistintamente a todos os ramos do direito processual (processo civil, processo penal e processo coletivo) e tem por composição o conjunto de garantia e princípios constitucionais que lhes são aplicáveis (*v.g.* princípio do devido processo legal, previsto na CF/88, art.5, LIV).

Os instrumentos que compõem o procedimento coletivo especial estão previstos na CF/88 nos artigos 102, I, "a" (ADIn e ADECON); 36, III (ADIn interventiva); 103, §2º (ADIn por omissão); e §1º (ADPF). Como se observa, são todas ações de controle concentrado de constitucionalidade, de modo que podemos afirmar a existência "de *interesse coletivo objetivo legítimo*, tendo em vista que a tutela jurisdicional neste caso é *objetiva* e não subjetiva – não se julga lide no controle concentrado da constitucionalidade das leis, mas se protege, no plano abstrato, a ordem constitucional [...]"[385].

Essa espécie de tutela, que atua no plano objetivo das normas, constitui um dos mecanismos que o Estado democrático de direito brasileiro possui para configurar seus objetivos e fundamentos, mormente porque é através dela que conseguirá garantia a supremacia da ordem constitucional, bem como, os preceitos fundamentais que estão dispostos na CF/88. Trata-se de espécie de instrumento de garantia de ordem enquanto ordenamento, que encontra no império da lei um de seus balaustres. O Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado de constitucionalidade, assume relevância destacada, já que é este tribunal o responsável pelo seu processamento e julgamento, atuando mesmo como "guardião da constituição".

Identificamos dois temas nevrálgicos na temática dos procedimentos coletivos especiais: o primeiro, diz respeito ao predomínio de uma cultura anestésica e delegativa quanto à

---

[384] Sobre a distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional, cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2. ed. rev. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

[385] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 140-141. (grifo do autor).

constitucionalidade das leis, que delega ao Judiciário (controle difuso) e ao STF (controle concentrado) a função de analisar o conteúdo das normas, mas em uma sociedade cujo processo de elaboração das leis, supostamente democrático, deve merecer maior atenção por parte dos cidadãos, haja vista que majoritariamente são as leis elaboradas e aprovadas pelos representantes eleitos que serão, posteriormente, objeto de controle de constitucionalidade; o segundo apontamento diz respeito à hipertrofia do pilar da normatização nas sociedades contemporâneas, que adquirem força própria, tamanho o fetiche desenvolvido entorno da ideia de lei.

A efetivação dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil passa por outros lugares, que não o campo restrito do judicial-conformador. Quando está em pauta a proteção dos direitos fundamentais, dos objetivos do estado, dos direitos humanos e dos coletivos, deve-se analisar de uma série de atos que, concatenados, desencadeiam em sua efetivação ou violação. São atos que tem início com a postura assumida por cada um dos sujeitos-cidadãos em suas práticas cotidianas, e que culminam com a perpetração ou não de uma cultura que reconhece direitos em suas mais diversificadas facetas e formas de manifestação. Trata-se de um processo que tem inicio com o despertar do sujeito em seu contexto histórico, cultural, social, econômico e político, passando pelo processo da abertura de sua cognição para "o outro", para outras formas de existência, de relacionamento e de convívio, as quais podem ou não contar com a tutela normativa do Estado, mas que independem disso para existir, para ser real.

2.2.2.3 As principais figuras de acionamento judicial

Tendo sido sumariamente expostas as espécies de procedimentos existentes no direito processual coletivo brasileiro (comum e especial), importa indicar as ações dispostas.

2.2.2.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade

Inserida no bojo da jurisdição constitucional, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis, a ADIn apresenta-se em duas modalidades: a ação de inconstitucionalidade por ação ou genérica (CF/88, art.102, I, *a*); e a ação de inconstitucionalidade

por omissão (CF/88, art.103, §2º). Seu regramento está contido na Lei n.9.868, de 10 de novembro de 1999[386], que também dispõe sobre a ação declaratória de constitucionalidade. Em linhas gerais[387], trata-se de procedimento pelo qual exerce-se o controle repressivo da constitucionalidade de leis e atos normativos que se apresentem conflitantes ou contrários ao conteúdo da CF/88, em judicialização que revê rol exaustivo dos legitimados ativos.

2.2.2.3.2 Ação direta de constitucionalidade

A ADECON, por sua vez, consiste em espécie da jurisdição constitucional que igualmente instrumentaliza o controle concentrado da constitucionalidade, porém, em campo mais reduzido que o da ADIn, uma vez que somente admite a tutela em abstrato de lei ou ato normativo federal (a ADIn permite a tutela de lei ou ato normativo federal e/ou estadual). Trata-se de hipótese cuja pretensão é a declaração, pelo STF, de que a norma em comento é constitucional, fazendo com que sua presunção de constitucionalidade se torne uma certeza absoluta. Para sua admissão, exige-se a comprovação de controvérsia jurisdicional (jurisprudencial), pois somente assim fica constatada o estado de incerteza que sonda determinada norma. É por meio desta ação que se consegue afastar o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos tribunais inferiores e juízes monocráticos, pois a decisão da ADECON tem efeito vinculante.

2.2.2.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A ADPF é uma medida judicial que tem por objeto o controle de constitucionalidade de lei e atos normativos que descumpram, para além da própria CF/88, um dos seus preceitos fundamentais. Está prevista no artigo 102, § 1º, da CF/88, e é regrada pela Lei n. 9.882, de 03

[386] BRASIL. Lei n.9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999. p. 10093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[387] No terceiro capítulo trabalhamos com o método caso e analisamos ações da jurisdição constitucional que impõem uma análise pormenorizada de seus respectivos procedimentos, quais sejam: a ADIn e a ADPF. Por essa razão, entendemos ser estrategicamente viável deixar suas respectivas análises naquele momento, fazendo, por ora, somente uma apresentação sumária dos procedimentos para fins da respectiva inserção no direito processual coletivo especial.

de dezembro de 1999[388]. A particularidade desse mecanismo são as suas hipóteses de cabimento: (a) evitar lesão a precento fundamental, resultante de ato do Poder Publico; (b) reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Publico e (c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, Incluídos os anteriores à própria Constituição. O desafio maior é delimitar o conteúdo de um preceito fundamental, haja vista que nem a CF/88 e nem a lei infraconstitucional externam o seu conteúdo.

Segundo José Afonso da Silva[389]:

> Preceitos Fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a este e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de 'direitos e garantias constitucionais'.

Trabalharemos com a ADPF no terceiro capítulo, importando, no presente momento, indicar a possibilidade seu ajuizamento na forma preventiva, repressiva ou por equiparação. Na primeira, caberá preventivamente ADPF perante o STF com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na CF/88. Quando a hipótese repressiva para repará-las quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer um dos poderes públicos. O STF ainda poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – face a possibilidade de liminar e da existência de efeitos erga omnes e vinculantes – evitar ou fazer cessar determinadas condutas do poder público que possam colocar ou estar colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e, em especial a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1, III) bem como os direitos e garantias fundamentais[390].

Já na hipótese de ADPF do parágrafo único do artigo 1 da lei n.9.882/99, o legislador ordinário, por equiparação legal, considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal incluídos os anteriores à CF/88.

---

[388] BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 dez. 1999. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[389] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98.

[390] Frise-se que em face ao artigo 4º, caput, § 1º, da Lei 9.882/99, que veda a admissão da ADPF quando não for o caso ou quando houver outro meio igualmente eficaz e apto a sanar a lesividade, foi concedida certa discricionariedade ao STF na escolha das argüições que deverão ser processadas e julgadas, podendo, ante seu caráter de subsidiariedade, deixar de conhecê-las quando concluir pela inexistência de interesse publico, sob pena de tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores.

2.2.2.3.4 Mandado de segurança coletivo

Ao lado do Mandado de Injunção (MI), podemos afirmar que esta garantia constitucional possui natureza ambivalente, servindo tanto para amparar pretensão individual (MS individual) como coletiva (MS Coletivo).

O MS Coletivo não constitui figura inovadora no ordenamento brasileiro, senão hipótese diferenciada de legitimação pra a causa. É que o MS Coletivo deve atender aos mesmos requisitos do MS individual, conforme dispõe o art. 5º, da CF:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery[391], o adjetivo "coletivo" não é o mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio do MS Coletivo, mas, sim, a "ação", entendida enquanto instituto processual com requisito de legitimidade específico. Se o que a diferencia é sua legitimação ad causam, tratemos, pois, de especificar quem são os impetrantes legitimados.

O MS foi inserido pela primeira vez no texto de uma Constituição brasileira em 1934, tendo sido posteriormente regulamentado em 1936 por legislação infraconstitucional. Até então, não havia um instrumento hábil a defender os direitos fundamentais ameaçados ou lesionados pelo abuso de poder ou ilegalidade do poder público. Seu delineamento foi diverso dos modelos que lhe inspiraram originariamente (Juicio de Amparo do sistema mexicano e o Writ of Certiorari norte-americano), mormente no tocante a possibilidade de concessão de liminar. Em 1939 é editado o CPC, com previsão do MS em seu corpo de texto, posteriormente, aos 31 de dezembro de 1951, a lei n.1.533 disciplina integralmente o *writ*, revogando o regramento contido no CPC. Mais recentemente, a Lei n.12.016, de 7 de agosto de 2009[392], revogou a antiga lei de MS, instituindo novo regramento.

Com a CF/88, o objeto e aspiração do MS foram reafirmados, conforme delineamento do inciso LXIX do artigo 5º. Trata-se de ação constitucional, que consubstancia um direito fundamental pensado como mecanismo de defesa rápida contra abusos. Seu cabimento limita-se à defesa de direito líquido e certo, desde que não amparado por Habeas

---

[391] **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. p. 82.

[392] BRASIL. Lei n.12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. p.2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29>. Acesso em: 5 ago. 2011.

Data ou Habeas Corpus, motivo pelo qual diz-se ser um instrumento de uso residual.

Recentemente foi editada uma nova lei de MS (lei n. 12.016/2009), que revogou as disposições legais então em vigor e sistematizou o regramento para essa ação de rito especial. A nova lei foi editada em um contexto alcunhado de "Segundo Pacto Republicano", em um esforço conjunto dos presidentes dos três Poderes constituídos, a saber: presidente da República, Sr. Luis Inácio Lula da Silva; presidente do Congresso Nacional, Sr. José Sarney; e presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Em certa medida, a lei captou o que jurisprudência e doutrina em uníssono ventilavam, sem tecer maiores inovações.

É importante ressaltar que a hermenêutica constitucional demanda interpretação não restritiva dos direitos fundamentais, tal como o MS, e as disposições infraconstitucionais que lhe forem afetas não devem jamais restringi-lo, sequer impondo requisitos não previstos na CF/88. Nesse sentido, apontamos um retrocesso que não foi superado com a edição da nova lei: a imposição do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do writ. Sua estrutura procedimental diverge, em termos, na doutrina.

Nelson Nery[393] Junior afirma que "O tratamento genérico dado aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais, pela norma do art.21 da LACP, faz com que os sistemas processuais do CDC e da LACP possam ser, de imediato, aplicáveis ao mandado de segurança coletivo". Antônio Gidi, por sua vez defende a existência de um sistema híbrido, formado pela fusão das leis do MS, da ACP e do CDC[394].

Quanto à distinção entre o MS individual e o coletivo, Antônio Gidi[395] chega a afirmar que um está tão distanciado do outro "quanto uma ação coletiva está de uma ação individual". Isso por que, embora "parte do procedimento e os pressupostos de admissibilidade sejam os mesmos para ambos, o MS Coletivo, como ação coletiva que é, "deverá ter certas peculiaridades no que diz respeito ao pedido, ao procedimento, à sentença, à coisa julgada, à liquidação e à execução, por exemplo".

O objeto do MS Coletivo é proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando a lesão causada por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Nesse sentido, importante ressaltar a disposição de legislação infraconstitucional contida no artigo 212, parágrafo 2º do ECA, que ampliou o objeto do MS: "Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas

---

[393] NERY JUNIOR, Nelson; et.al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. p. 997.
[394] GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 79.
[395] Ibid., p. 79.

da lei do mandado de segurança."

Referido artigo está no capítulo VII do ECA, intitulado "Da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos". Sendo assim, aplica-se, nesse caso, a legitimação contida no artigo 210, que arrola como legitimados ativos concorrentes: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os territórios; III – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, e que incluam em seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei [ECA], dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

Segundo a CF (art.5º, inciso LXX) o MS Coletivo pode ser impetrado por: (a) partido político com representação no Congresso Nacional[396]; e (b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Neste último caso, o STF já se pronunciou, através da súmula 629, no sentido de que a atuação de entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes.

A legitimação contida na alínea "a" (partidos políticos) é mais ampla do que a da "b" (organização sindical, entidade de classe ou associação), pois a CF/88 não impôs à atuação dos partidos políticos qualquer tipo de restrição, podendo agir na defesa de interesses que extrapolam aos dos seus membros ou associados. Já as associações e sindicatos podem impetrar o MS Coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados, mas tão somente em nome destes.

2.2.2.3.5 Mandado de injunção

O MI é uma garantia processual cabível sempre que a falta de uma norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme dispõe o artigo 5º,

---

[396] "Como cediço, os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado (art.44, inciso V, do Código Civil), organizadas para fins de atuação em torno do poder, e, em linha de princípio, vinculadas a certa ideologia. Exige o texto constitucional que tenham eles representação no Congresso Nacional, sendo que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao menos no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tem entendido que 'a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade' (informativo 356 do STF, referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2159). O requisito consistente na existência de representação no Congresso Nacional, portanto, deve ser aferido no momento da propositura da ação mandamental". SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 121.

inciso LXXI da CF/88. De fato, essa ação é única, tal como delineada no ordenamento brasileiro, e sua previsão data a 1988, por ocasião da promulgação da CF.

Há confusão quanto à caracterização do MI e da ADIn por Omissão, motivo pelo qual transcrevemos, nesta, quadro comparativo elaborado por Rodrigo Reis Mazzei[397]:

Quadro 13 – Quadro comparativo entre o mandado de injunção e ADIn por omissão

COMPARATIVO				
MANDADO DE INJUNÇÃO				
Pressupostos	**Competência**	**Legitimação Ativa**	**Objeto**	**Resultado desejado**
Existência de direito subjetivo previsto constitucionalmente, ou vinculado a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo que essas prerrogativas não emanem diretamente da Constituição, mas inviabilizado de ser efetivado por omissão normativa integradora.	1. Tribunais Superiores: artigos 102, I, "q" e II, "a"; 105, I, "h"; e 121, parágrafo 4º, V. 2. Tribunais da Justiça Estadual: artigos 125, parágrafo 1º.	Qualquer sujeito de direito que tenha seu direito previsto constitucionalmente obstado por omissão normativa: indivíduos, grupos, partidos políticos, organismos sindicais, entidades de classe, Ministério Público.	Conforme a teoria da resolutividade: resolver concretamente a situação de insegurança criada pela omissão.	Amparo ao exercício do direito subjetivo.
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO				
Existência de direito subjetivo previsto constitucionalmente, mas inviabilizado de ser efetivado por omissão normativa integradora.	Privativa do Supremo Tribunal Federal: artigo 102, I, "a".	Sujeitos enumerados pelo artigo 103.	1. Cientificar o Poder Legislativo de seu estado de inércia; ou 2. Estabelecer prazo de 30 dias para a Administração Pública emitir o ato normativo integrador, sob pena de responsabilidade.	Amparo à efetividade constitucional.

Fonte: MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p.237-238.

[397] MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 237-238.

Para Rodrigo Reis Mazzei[398], o mandado de injunção tem por finalidade sanear o problema específico de omissão legislativa que "não permita o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou impeça a efetivação das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania já afirmadas em legislação (mesmo que infraconstitucional)".

Não há um regramento procedimental específico para o MI, motivo pelo qual aplica-se-lhe, por expressa determinação legal (Lei n.8.038, de 28 de maio de 1990[399], artigo 24, parágrafo único), as normas do MS, naquilo que lhe couber. O MI possui algumas particularidades: desconhece dilação probatória, razão pela qual a prova documentada deve ser carreada no momento da propositura da ação; e é figura jurídica "transitória", no sentido de que conforme as omissões legislativas forem sanadas, referido instrumento perderá sua razão de ser.

Sobre a sua natureza, há divergência doutrinária e jurisprudencial. Segundo a teoria da subsidiariedade, o MI possui caráter meramente declaratório, no sentido de que em sua decisão o órgão julgador deve se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o ente omisso e que seja o responsável pela edição normativa necessária. Outra corrente sustenta a teoria da independência jurisdicional, segundo a qual a natureza da sentença prolatada em sede de MI possui natureza constitutiva erga omnes, devendo o julgador editar uma norma geral, de natureza abstrata. Por fim, relatamos a existência de uma terceira teoria, a da resolutividade[400], que considera a decisão final do MI como constitutiva inter partes, isto é, o órgão julgador, no exercício da atividade integradora do Judiciário, deve decidir o caso, lastreado, claro, nos ditames constitucionais, para que, assim, possa efetivar o direito subjetivo judicializado[401]. Após observar os requisitos e hipóteses de cabimento do MI, notamos que suas repercussões afetam, muito possivelmente, um sem número de beneficiados. Assim sendo, podemos afirmar que o MI destina-se a tutela de direitos ou interesses coletivos, sendo por este viés processual mais adequadamente tutelado.

---

[398] MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 212.

[399] BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 maio 1990. p.10159. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

[400] Cf. jurisprudência MI n.6, impetrado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 1990.

[401] Rodrigo Reis Mazzei aponta uma corrente mista, que conjuga as teorias da subsidiariedade e da resolutividade, que poderia ser uma possível tendência do STF. Ibid. p. 227 et seq.

2.2.2.3.6 Ação civil pública

Concebida pela LOMP (art.3, inc. III) e posteriormente regulada pela LACP, foi somente sob a vigência da CF/88 que ocorreu a erição da ACP à categoria de garantia fundamental, sendo que seu objeto passou a abranger um número maior de interesses.

Carlos Henrique Bezerra Leite[402] sintetiza que a ACP é "o meio (a), constitucionalmente assegurado (b) ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei (c), para promover a defesa judicial (d) dos interesses ou direitos metaindividuais (e)".

Em linhas constitucionais (art.129, III da CF/88), trata-se da proteção do "patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos", interesses estes que suscitam dissenso doutrinário cerca de sua conceituação, delineamento e aplicabilidade. O CDC inovou no ordenamento jurídico ao detalhar as categorias de direitos coletivos tuteláveis via ação coletiva e, consequentemente, via ACP, haja vista a disposição do seu artigo 81, *in verbis*:

> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos [...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos [...] os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum;

2.2.2.3.7 Ação popular

As ações coletivas possuem ao menos dois antecedentes remotos: as ações de classe do direito inglês e as actiones populares romanas[403].

Cronologicamente, estas precederam àquelas, motivo pelo qual podemos afirmar que as ações populares romanas são as precursoras na defesa dos direitos ou interesses

[402] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direto processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1053.
[403] DIDIER JUNIOR, Freddie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4. p. 23-24.

coletivos[404]. O pioneirismo romano, ao menos em termos procedimentais ou processuais, exige uma análise criteriosa da origem deste instituto, bem como sua recepção e desenvolvimento no Direito brasileiro.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., no Direito Romano[405]:

> Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a *República pertencia ao cidadão romano*, era seu dever defendê-la. Daí o brocardo "*Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa"*

José Afonso da Silva, recorrendo à definição de Seabra Fagundes[406], pontua que a ação popular, em sua origem romana, foi um instrumento "posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (ou, às vezes, também intrínseca) do procedimento administrativo", sendo ainda hoje o núcleo de seu conceito. Além da defesa do interesse coletivo, a ação popular romana (actiones populares) constituía verdadeira exceção à noção habitual de actio (direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido), conotando, também, a legitimação ad causam a qualquer pessoa do povo – cuivis e populo – ou seja, ação que se valia o povo para a defesa do direito público.

Inicialmente, seu objeto recaia sobre o que hoje consideramos "domínio de polícia", contudo, ao longo do tempo, seu uso foi se diversificando, havendo inúmeras espécies de ações populares para tutelar os mais diversos direitos. São elas as ações originárias de: sepulchro violato (violação de sepulcro ou coisa sagrada); effusis et deiectis (lançamento de objetos na via pública); positis et suspensas (inobservância de cautela por quem detivesse objetos em áreas suspensas e que pudessem vir a cair sobre local freqüentado); albo corrupto (alteração dolosa do edito com que o pretor declarava, ao assumir o cargo, a maneira pela qual administraria a lei e a justiça); aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris (exposição de certos animais perigosos em locais frequentados);termino moto (violação das pedras que demarcavam territórios); tabulis (contra aqueles que abrissem o testamento ou aceitassem a herança antes do término do processo dos servos que ladearam o homicídio de seu senhor – os servos que presenciavam referido crime sem tentar impedi-lo com sua própria vida, eram

---

[404] Cf.: SILVA. José Afonso da. **Ação popular constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 17 et seq; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 299; FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos**.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 170; DIDIER JUNIOR, Freddie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4. p. 23-24.

[405] DIDIER JUNIOR, Freddie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4. p. 23. (grifo do autor).

[406] FAGUNDES, Seabra. Apud SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

processados); assertio in libertatem (intentada por aqueles que queriam ver reconhecida a liberdade de seu representado/parente); interdictumde homine libero exhibendo (instituto próximo ao habeas corpus moderno); collusione detegenda (intentada quando escravos ou libertos eram declarados nascidos livres em conluio com seus antigos donos); accusatio suspecti tutoris; ad pias causas (nos casos em que os bispos ou arcebispos descuidassem de pedir o legado pio) e, por fim, a aça popular para restituição de somas perdidas em jogos[407].

> No direito romano, o Estado não era visto como algo distante do cidadão, com personalidade jurídica própria. As expressões povo e Estado apresentavam conteúdo equivalente, o que tornava os direitos e bens públicos pertencentes a todos os cidadãos romanos, numa espécie de condomínio. A ação popular era, então, concebida como uma forma de o próprio cidadão proteger um bem público, que também lhe pertencia. Estaria, assim, a defender interesse indiviso da própria coletividade, da qual fazia parte. [408]

Eurico Ferraresi[409] explica que no direito romano a ação popular possuía um caráter supletivo, já que o autor popular "representava" o poder público. Já no direito brasileiro, a ação popular é corretiva, sendo proposta em face do poder público.

A natureza da ação popular também é objeto de controvérsia histórico-doutrinária, e ao menos duas teses são comumente debatidas, a saber: a que o autor popular atua como procurador, na defesa de interesse público; e a que o autor age, ao mesmo tempo, em interesse próprio e público. Apesar dessas discussões suscitadas, podemos identificar um núcleo ou consenso sobre dois aspectos das ações populares romanas. Primeiro: foram ações que veiculavam interesses que não meramente individuais. Segundo: traziam em seu bojo a tutela do interesse público, da coisa pública. Referidos aspectos caracterizam, ainda hoje, as ações populares, particularmente, a ação popular constitucional brasileira.

As ações populares possuem uma dimensão democrática, de instrumentalização da cidadania. Este escopo pode ser constatado tanto no Direito Romano como na ordem jurídica brasileira. Para José Afonso da Silva[410] "Só o retorno ao sistema de participação do povo na vida pública, poderia criar as condições necessárias ao ressurgimento desse instrumento de democracia, que é a ação popular [...]".

---

[407] Os autores divergem quanto á classificação das ações populares romanas, através da utilização de outros critérios, tais como a norma jurídica que tutela a ação (normas legais ou pretorianas), a natureza jurídica do meio de exercício (*actiones* ou *interdictos populares*), o destinatário da soma da condenação (caixa pública, autor ou terceiro). O objeto do presente estudo não é esvair a análise histórica, embora necessariamente recorramos á tal método para compreender o delineamento inicial do instituto. Por esta razão, restringiremos nossa análise à classificação formulada por José Afonso da Silva, por entendê-la completa.

[408] FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos**.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 170

[409] Ibid., loc. cit.

[410] SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-31.

No Brasil, foi somente com a Constituição Imperial de 1824 (período após a declaração da Independência do país em relação a Portugal, aos sete de setembro de 1822), que a ação popular integrou, em termos expressos, o ordenamento jurídico nacional[411]. Antes disso, havia indicações do uso da ação popular com base nas Ordenações portuguesas, porém é de se notar que referido período o país era submetido a uma ordem jurídica estrangeira, pois se submetida a Portugal. Nos termos do artigo 157 da Constituição de 1824, "Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei" [412].

Proclamada a República, aos quinze de novembro de 1889, a nova Constituição, promulgada aos 24 de fevereiro de 1891, não prevê a ação popular, que somente terá constitucionalizado o seu tratamento em 1934, mais precisamente, no inciso 38 do artigo 113, dispondo que "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou annullação dos actos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios". Posteriormente, a ação popular é suprimida pela ordem constitucional instaurada em 1937, fato este que revela o caráter anti-democrático do Estado desse período. Seu ressurgimento ocorre em 1946, através do inciso 38 do artigo 141: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista". A previsão permanece na Constituição de 1967, que, inclusive, utiliza redação quase idêntica no parágrafo 31 do artigo 150, com a diferença de adotar o termo genérico "entidades públicas". A disposição persiste na Constituição de 1969.

A LAP foi editada nesse período, e suas disposições, ainda vigentes, estão estruturadas da seguinte maneira: Da Ação Popular (art.1º ao 4º), Da Competência (art.5º), Dos Sujeitos Passivos da Ação e dos Assistentes (art.6º), Do Processo (art.7º a 19) e Disposições Finais (art.20 a 22). Nos termos da LAP, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (art.1º), este, considerado como sendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. A legitimação ativa fica restrita àquele que possa comprovar sua cidadania (através do título de eleitor) e o procedimento a ser observado é o ordinário (art.7º), nos moldes do Código de Processo Civil, com modificações pontuais.

---

[411] Para Eurico Ferraresi, até a promulgação do Código Civil de 1916 não se pode falar em Direito brasileiro, pois as regras jurídicas eram oriundas de Portugal, motivo pelo qual o período anterior àquele é melhor referido com a expressão Direito no Brasil. Cf. FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos**.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 171.

[412] COMPANHOLE, Hilton Lobo; COMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 829.

A CF/88 amplia o seu objeto de tutela, ao dispor, no inciso LXXIII do artigo 5º, que a ação popular pode visar "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural". Assevera, ainda, que fica "o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência". O interesse tutelado por esta via constitucional, sem dúvida é o direito coletivo de ver e ter o patrimônio público administrado com probidade. Este direito ou interesse adquire contornos bem específicos nos dias de hoje, pois a CF/88 abriu possibilidade (pela sua própria topografia) para interpretação da ação popular como garantia individual, como direito fundamental. Segundo Gregório Assagra[413]:

> com a implantação do Estado de Direito e do Regime Democrático na Idade Contemporânea, a *ação popular* ressurgiu com uma nova e moderna fisionomia: é hoje garantia constitucional essencial para a democracia, concebida como direito político de participação popular e também como garantia instrumental preventiva e corretiva dos atos da administração pública

Em linhas gerais, a ação popular tem por objeto a declaração da invalidade do ato impugnado e a condenação dos responsáveis pelo ato ao pagamento de perdas e dados.

2.2.2.3.8 Ação de impugnação de mandato eletivo

A ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) constitui numa garantia constitucional de direito à lisura do pleito eleitoral, salvaguardando que as eleições sejam livres e isentas de fraudes. Trata-se de instrumento inovador trazido à baila pela CF/88, nos termos do artigo 14:

> §10. O mandado eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude.
> § A ação de impugnação de mandado tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou manifesta má-fé.

A AIME é disponibilizada ao candidato, partido político e Ministério Público, para que provoque a atuação da Justiça Eleitoral no sentido de obter, judicialmente, a subtração do mandato de quem se utilizou, para sua obtenção, de fraude, corrupção, abuso do poder

[413] ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 300.

econômico ou político[414]. Sobre a legitimação ativa, a jurisprudência do STF tem sido restrita, aceitando tão somente aqueles mencionados no artigo 3º da Lei Complementar nº 64/90, quais sejam: Ministério Público, partidos, coligações partidárias e candidatos[415].

Seu rito deve obedecer, por analogia, ao rito sumário da Ação de Impugnação do Registro de Candidatura, conforme determina a Resolução nº 21.634/04 do TSE. Esta Resolução inovou no direito eleitoral e processual ao estabelecer que, diante lacuna, somente se deve recorrer ao direito processual "comum" (CPC e legislação esparsa) em caráter supletivo, quando esgotadas todas as possibilidades de uso da analogia com o micro-sistema da LC nº 64/90.

2.2.2.3.9 Dissídio coletivo

Os conflitos em direito trabalhista podem ser individuais ou coletivos. Nas relações individuais de trabalho a controvérsia diz respeito ao contrato individual de trabalho e, portanto, cingem à relação de um empregado determinado com o seu empregador, nos limites de seus respectivos interesses. Já nas relações coletivas de trabalho, os sujeitos são grupo de pessoas abstratamente consideradas.

Pode-se dizer que os sujeitos coletivos dos trabalhadores são: as categorias (representadas pelos sindicatos); as federações e confederações; as centrais sindicais, quando representam os sindicatos; os delegados sindicais, representando os sindicatos; as comissões de representantes de empresas e o representante eleito pelos trabalhadores da empresa. Como sujeitos coletivos dos empregadores, encontramos: as categorias econômicas; as empresas quando agem sem intermediação sindical; as federações; as confederações e centrais sindicais.

Nos casos em que houver interesse coletivo envolvido, eventuais conflitos poderão ser dirimidos por duas formas de solução: a autocomposição e a heterocomposição. A primeira caracteriza-se pela resolução da controvérsia pelas próprias partes conflitantes, por meio de acordos ou convenções coletivas e, ainda, pela mediação. Já a segunda distingue-se por ser um meio dotado de imposição da vontade ou entendimento de terceiro ao conflito, seja por via judicial (jurisdição trabalhista) ou extrajudicial (arbitragem).

O dissídio coletivo insere-se na órbita heterocompositiva judicial, que se destina à

[414] PINTO, Djalma. **Direito eleitoral:** anotações e temas polêmicos. 3. ed. São Paulo: Forense, 2000. p. 135.
[415] Cf. Resolução do TSE n.21.355/2003, originária do pedido de impugnação do mandato eletivo do Presidente Lula e do seu vice, José Alencar, formulado por José Feliciano Coelho, e datada de 06.03.2003.

solução de conflitos coletivos do trabalho, por meio de pronunciamentos normativos constitutivos de novas condições de trabalho, como se fosse uma espécie de regulamentação específica aos grupos conflitantes.

O dissídio atende à pretensão de uma coletividade genérica em interpretar ou criar normas a ela pertinentes e, conforme classificação do Regimento Interno do TST (art.216), sua natureza pode ser econômica (para instituir normas e condições de trabalho), jurídica (para interpretação de cláusulas ou instrumentos negociais coletivos ou sentenças normativas), originária ou revisional (conforme prévia existência de normas e condições coletivas de trabalho) e de declaração sobre paralisação de trabalho (casos de greve).

O dissídio coletivo é de extrema relevância à Justiça do Trabalho (JT), já que a dota de poder normativo como função anômala deste "ramo" do Judiciário. Conforme indica Carlos Henrique Bezerra Leite[416], o poder normativo da JT encontra fundamento no §2° do art.114 da CF/88, cuja redação fora inovada pela EC n°45/04. O dispositivo retro permite à JT, por intermédio dos TRT como órgãos jurisdicionais de competência originária a apreciar estas demandas coletivas, proferir sentenças normativas que vinculam toda a categoria ou classe envolvida.

Quanto à legitimidade para ajuizar esta demanda coletiva encontramos os sindicatos, as empresas, os Presidentes dos Tribunais do Trabalho[417] (art.856 da CLT) e o Ministério Público do Trabalho[418] (MPT), nos termos do §3° do art.114 da CF/88 (conforme redação introduzida pela EC n°45/04). Aspecto importante do dissídio é a exigência de, para o seu ajuizamento, haver prévio exaurimento das vias negociais coletivas e impossibilidade de submissão das partes à arbitragem, fato este que revela a seletividade rigorosa a que sua instauração se submete.

2.2.2 Ação civil pública e ação coletiva: a questão terminológica

Um dos temas nevrálgicos do processo coletivo diz respeito à nomenclatura a ser adotada para designar o gênero das demandas coletivas: seria mais adequado dizer ação civil pública ou ação coletiva?

---

[416] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direto processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 940.

[417] A legitimidade dos Presidentes dos Tribunais do Trabalho para instaurar dissídio coletivo é hoje discutida por não restar expressamente transcrito em linhas constitucionais, sendo seu respaldo somente infraconstitucional.

[418] A legitimação do MPT para ajuizar dissídios coletivos, hoje inconteste graças a nova redação do art.114 da CF/88, outrora tinha por fundamento o art.83, inciso VIII da LC n°75/93 e art.127, *caput* da CF/88.

José Marcelo Menezes Vigliar[419], em capítulo encartado[420] em obra coletiva coordenada por Édis Milaré em comemoração aos 15 anos da LACP, traz à baila referida discussão, querendo, com isso, tentar elidir o que ele próprio afirma ser "uma das angústias daqueles que tratam com as ações civis públicas ou coletivas"[421].

O jurista afirma que adjetivar ações é uma atitude pouco técnica[422]. Para ele, as ações são de conhecimento ou executivas, subclassificando as primeiras em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Assevera que há também as ações cautelares, que se opõem às principais, na mesma medida em que o provimento cautelar é acessório, ligado ao principal por um nexo de instrumentalidade hipotético. Nesse sentido, a classificação das ações se apóia única e exclusivamente na natureza do provimento jurisdicional postulado, motivo pelo qual seria "um verdadeiro retrocesso buscar a associação do instituto de direito processual denominado ação com o direito material de que proviria [...] mediante a adjetivação daquela"[423].

> Uma vez que determinado interesse transindividual, seja ele essencialmente coletivo seja ele acidentalmente coletivo, reste violado ou ameaçado de violação, haverá a necessidade de se buscar a sua tutela através da atividade jurisdicional do Estado [...] [para que o Estado] possa prolatar um provimento jurisdicional que revele qual a vontade do direito[424]

O que distingue a tutela jurisidicional coletiva da individual não é a sua nomenclatura e nem sequer o tipo de provimento buscado – posto que, cientificamente, são os mesmos – mas, sim, quem será legitimado para postular em juízo a tutela jurisdicional coletiva e quem se sujeitará àquela principal qualidade da sentença, ou seja, a imutabilidade ou limites subjetivos da coisa julgada material.

Em breve digressão no tempo, observamos que o uso do termo *ação civil pública* remonta a dois fatores específicos: (a) o uso pioneiro por Pietro Calamandrei em seu

---

[419] MILARÉ, Édis. Coord. **Ação civil pública. Lei n.7.347/1985 – 15 anos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 400- 416.

[420] O escrito intitulado sugestivamente "Ação Civil Pública ou Ação Coletiva?" encontra-se nas páginas 400 a 416 da obra "Ação Civil Pública. Lei n.7.347/1985 – 15 anos", editado pela Revista dos Tribunais em 2001.

[421] MILARÉ, Ibid., p. 400.

[422] No mesmo sentido, Gregório Assagra de Almeida assevera: "A denominação ação civil pública, apesar da tradição, não é técnica, pois, em opoição à denominação ação penal, surgiu para denominar o instrumento de atuação do Ministério Público na área cível como órgão agente. Todavia, com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, o sentido dessa expressão restou modificado. Como escreve Nelson Nery, a denominação ação civil pública hoje tem significado bem mais amplo, não mais levando-se em conta a *parte pública*, no caso o Ministério Público, que dava o caráter público à ação civil (*Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 112-3)*". ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo da ciência processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 305. (grifos do autor).

[423] MILARÉ, Ibid., loc. cit.

[424] Ibid., p. 401.

Istituzioni di diritto processuale, volume I, p.275 e seguintes, ocasião em que o mestre italiano concebeu a nomenclatura como alternativa para diferenciar a atuação ministerial no âmbito penal do âmbito cível; e (b) recepção, pela Lei Complementar n. 40/81 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) da terminologia retro, sem, contudo, especificar o direito material que se pretendia tutelar através de sua utilização.

No preâmbulo da LACP encontramos que a mesma "Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências". Posteriormente, com a promulgação da CF/88, a nomenclatura "ação civil pública" adquiriu maior notoriedade, ao ser inclusa dentre as funções institucionais no MP (art. 129, III) para a proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos[425]. Em documento posterior, na Lei Orgânica Nacional do MP (8.625/93), está disposto, no inciso IV do artigo 25, competir ao parquet promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei.

Encontramos, pois, o componente histórico como justificador da terminologia disseminada. Para Pedro Lenza, este fator seria mesmo o único plausível, pois nem o critério subjetivo, nem o material servem para explicá-la[426].

É cediço que a tutela coletiva brasileira conta atualmente com um microssistema integrado e autônomo de regulação processual, composto pela LACP e pelo CDC. Vale ressaltar que a LACP, em seu art.1º, IV, que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, são regidas pelas disposições da ação civil pública. Por outro lado, o capítulo II do título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo) do CDC (arts.91 e ss), trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. Ora, uma interpretação integrativa dos dois diplomas dá azo para a seguinte conclusão: a ação civil pública instrumentaliza a tutela coletiva de direitos difusos e coletivos strictu sensu; já a ação coletiva tutela os direitos individuais homogêneos.

Entendemos que o termo "ação coletiva" deva designar gênero do qual são espécies todas as demandas coletivas, *v.g.*, ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo. Nosso posicionamento aponta para consolidação da ACP enquanto espécie do gênero ação coletiva, com a particularidade de que seu procedimento é o coletivo comum, servindo de lastro procedimental para as demais espécies de ações.

---

[425] Cf. ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 35 et seq.

[426] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 152.

Compartilham desse entendimento[427] vários doutrinadores consagrados: Ada Pellegrini Grinover[428], Pedro Lenza[429], Luís Roberto Barroso[430] e Antônio Gidi[431]. Adotando posicionamento diverso, encontramos: Gregório Assagra de Almeida[432], Teoria Albino Zavascki[433] e Rodolfo de Camargo Mancuso. Deste último, colacionamos excerto justificador[434]:

> A conclusão razoável, a respeito desse aspecto terminológico, parece-nos a seguinte: a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos *difusos* e dos *coletivos em sentido estrito*, aos quais na sequência se agregam os *individuais homogêneos* (Lei 8.078/90), art.81, parágrafo único, III, c/c os arts.83 e 117); de outra parte, essa ação na é "pública" *porque* o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque seu objeto abrange um largo espectro de interesses e valores de inegável relevância social, permitindo o acesso à justiça de certos conflitos metaindividuais que, de outra forma, remanesceriam num certo "limbo jurídico". Sob outro giro, trata-se de locução empregada em vários textos legais, inclusive na Constituição Federal (art.129, III), sendo que a jurisprudência e a doutrina especializada a empregam reiteradamente, tudo levando à percepção de que esse *nomen júris* – ação civil pública – já está assentado e consagrado, irreversivelmente, na experiência jurídica brasileira.

---

[427] Também o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos apresentado no Ministério da Justiça adota essa opção terminológica, primando pelo uso de *ações coletivas* como gênero, em todo o seu texto. A exposição de motivos desse anteprojeto é bem elucidativa a respeito: "Preferiu-se essa denominação [ação coletiva] à tradicional de "ação civil pública", não ó por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de "pública". É certo que a Constituição alude á "ação civil pública", mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como "ação coletiva". Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente".

[428] **Ações Coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – a Lei n.7.347/85**. *RePro* 44/113 e nota 1.

[429] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 153. É importante destacar o entendimento lapidar do jurista, que em seus estudos aponta para a existência de ação coletiva típica ou em sentido estrito, para tutelar os direitos difusos e coletivos stricto sensu, e ação coletiva atípica ou em sentido lato, para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

[430] O autor prefere o termo "ação coletiva" ao "ação civil pública", querendo, com isso, demonstrar que embora este esteja consagrado pela CF/88, não seria errado, e até mesmo preferencial, usar aquele. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 219, 223, 225 e 245.

[431] Gidi argumenta que "A retirada do qualificativo "pública" da expressão "ação civil pública" tem o efeito salutar adicional de diluir o fantasma da presença do Ministério Público na definição das demandas coletivas". GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo:** a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 390.

[432] O autor afirma que a consagração do termo ACP pela CF/88 lhe conferiu forte conotação política perante a sociedade, devendo, por isso, ser mantido em toda proposta de codificação. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro:** análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 121 e 157.

[433] Para ele, a distinção entre ação civil pública e ação coletiva seria justificável mais para fins didáticos do que científicos. Cf.: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

[434] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 22. (grifo do autor).

Duas considerações hão de sustentar nosso posicionamento contra o uso da expressão ACP como gênero tutela coletiva. O primeiro argumento, de fundo subjetivo, é que o termo público remete, erroneamente, a uma titularidade da ação exclusiva a órgãos públicos. O segundo argumento, de tez material, é que o objeto tutelado pela ACP não é público, e sim metaindividual (direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

A crítica terminológica não é sem propósito[435]. Na verdade, ela se justifica pelo natural e necessário refinamento no rigor científico.

> Importante que seja a correta nomenclatura dos institutos e das categorias, não se pode, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, conferir relevância excessiva a esse aspecto formal, incorrendo-se, em pleno século XXI, no equívoco de retroceder às priscas eras das *legis asctiones*, onde se exigia absoluto rigor no emprego da "verba certa" [...]

Não é demais argüir que a CF/88 utiliza a expressão "ação civil pública" uma única vez (art.129, III), de modo que seria um exagero afirmar que referido termo resta consagrado pelo texto constitucional. Ademais, o constituinte utilizou-se de uma expressão comum à época, mais precisamente, a única existente[436]. Também não é de se estranhar a impropriedade técnica, já que "o legislador constituinte não é um especialista em Direito Processual, de sorte que [...] aqui e acolá, nos defrontaremos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade"[437].

Notemos que não houve rigor científico[438] ou qualquer motivação razoável para utilizar o termo ação civil pública como gênero. Antônio Gidi[439] assevera que o momento de projetar um Código (ou de edição de um sistema único coletivo, tal como previu o Projeto de Lei n.5.139/09) é uma "excelente oportunidade para escolher uma única expressão para

---

[435] Carlos Henrique Bezerra Leite, em seu "Curso de Direito Processual do Trabalho", acresce um dado extremamente importante para o estudo sistematizado das espécies de demandas coletivas: "a ACP é uma ação constitucional; a ACC [ação civil coletiva] é uma ação infraconstitucional. Isso reforça a importância daquela, cuja missão precípua é servir de instrumento de realização do direito material do trabalho". LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direto processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1067.

[436] GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo:** a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 388.

[437] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo,** São Paulo, v.61, ano 16, n.190, p.187-200, jan./mar. 1991.

[438] Teori Albino Zavascki afirma que "Embora se saiba que a denominação, em si, não constitui elemento essencial para identificar a natureza dos procedimentos, é certo que ela desempenha um papel de inegável realce prático e didático, que não deve ser desprezado. Qualquer que seja o nome que se atribua a um procedimento (=qualquer que seja o rótulo que se ponha a uma vasilha), é importante que se saiba que, sob aquela denominação (sob aquele rótulo), existe um instrumento (um conteúdo) especial, diferente do contido em outros procedimentos (em outros recipientes)". ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 65.

[439] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 384.

designar o fenômeno da tutela jurisdicional dos direitos de grupo, gerando harmonia conceitual e evitando ambigüidades interpretativas no sistema".

José Marcelo Menezes Vigliar[440] conclui que "De fato, a expressão *ação civil pública* não revela, por si só, coisa nenhuma", afinal "O que se tutela através da *ação civil pública*? Essa é a questão essencial, essa é a questão de fundo, é o que realmente importa para diferenciá-la das demandas de tutela de interesses individuais"[441].

> Se é verdade que "ação não tem nome" (ao menos cientificamente, não deveria ter nome), mas ainda temos a necessidade de apelidar ou adjetivarmos determinados institutos, que utilizemos um nome mais adequado: *ação coletiva.* Fica evidente (cristalino mesmo) que a *ação coletiva* tutela um *interesse* que é *coletivo*, seja ele *acidentalmente coletivo*, seja ele *essencialmente coletivo* [...][442]

O projeto de lei n. 5.319 de 2009, que logrou disciplinar uma Nova Lei de Ação Civil Pública (atualmente cogita-se uma nova propositura do PL no Congresso Nacional), impõe uma reflexão sobre a nomenclatura. Vejamos a redação do seu artigo 1º, parágrafo 1º: "Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção: [...] §1º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos".

O projeto distingue "ação civil pública" (caput) de "ações coletivas" (parágrafo primeiro). A ACP seria a ação coletiva ordinária, com procedimento coletivo comum, regido pela LACP, oriunda da aprovação do projeto em análise, ainda em trâmite no Congresso Nacional, com aplicação subsidiária do CPC (art. 10, caput, do projeto), e com exclusão da aplicação das regras específicas previstas para as demais ações coletivas específicas.

De fato, se antes da aprovação deste projeto temos um sistema difuso de leis que forma o sistema coletivo, após sua aprovação, as regras gerais básicas se concentrarão na nova lei, que absorverá regras antes previstas para ações coletivas específicas[443]. Em outros termos, se hoje há uma formação doutrinária do sistema coletivo, com a aplicação prioritária das regras previstas em leis que instituem as ações coletivas (lei da ação popular, lei do mandado do segurança, lei de improbidade administrativa, etc.) em detrimento da aplicação do CPC, com a aprovação deste projeto, não mais se exigirá esta arquitetura improvisada de

---

[440] MILARÉ, Édis. Coord. **Ação civil pública. Lei n.7.347/1985 – 15 anos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 402.

[441] Ibid, p. 403. (grifo do autor).

[442] Ibid., p. 410.

[443] Exemplo: se, no sistema vigente, aplicamos a regra de reexame necessário contida no art.19 da Lei n.4.717/65 (LAP) à ação (REsp 1.108.542/SC), com a aprovação do projeto de lei, a regulamentação deste instituto estará contida no art.32 da "futura" lei.

sistema, pois ele já contém regras suficientes para sua estruturação, dispensando outras aplicações analógicas ou interpretações extensivas, sendo que, eventual lacuna, deverá ser preenchida pelas regras gerais do procedimento comum coletivo (regras da futura ação civil pública) e, subsidiariamente, pelas normas contidas no CPC.

2.2.3 O movimento pela codificação do direito processual coletivo

Imbuídos pelo imperativo de oxigenação da tutela coletiva brasileira, disseminou-se, no cenário nacional, a idéia de codificação de seu regramento[444]. É preciso ressaltar, embora não seja este o objeto do presente estudo, que a doutrina não é uníssona quanto à viabilidade da codificação do direito processual coletivo (ou direito processual civil coletivo, como preferem alguns). O dissenso nos motiva a destacar os principais argumentos contra e a favor.

Para Antônio Gidi[445] "A simples promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo representaria uma significativa evolução para o direito brasileiro", pois ainda que não se apresentasse nenhuma inovação significativa, a consolidação alcança, por si só, cinco importantes objetivos: reunião material de normas processuais coletivas esparsas em um sistema ordenado; término com o duplo sistema de tutela vigente (referindo-se ao convívio de dois tipos de ações: a ação civil pública e a ação coletiva); término com as diferenças procedimentais das demandas coletivas em defesa de direitos transindividuais (coletivos e difusos) e individuais homogêneos; correção de erros e discrepâncias jurisprudenciais, esclarecimento de ambiguidades legais e contra-ataque aos golpes que o governo brasileiro tem desferido contra o processo coletivo; e, por fim, criação de oportunidade para aprimorar algumas regras, resolvendo ambigüidades e criando normas necessárias para dilapidar o sistema e mantendo a estrutura do direito positivo.

Os argumentos expostos, de Antônio Gidi, subsidiam lastro para a corrente que defende a codificação, ideia esta que estaria inserida movimento pelo resgate da função social do processo e da jurisdição, pois fundamenta e viabiliza a releitura da sistemática processual vigente. Segundo essa

---

[444] "É justamente diante de tudo isso e das várias transformações ocorridas no sistema jurídico brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se inicia atualmente no Brasil uma grande discussão sobre a *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, o que, por si só, demonstra o avanço da doutrina e do sistema jurídico pátrio quanto ao tratamento do tema relativo à proteção dos direitos ou interesses massificados." ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro:** análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3. (grifo do autor).

[445] GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 23.

corrente, através de uma ruptura das estruturas estabelecidas é possível reorganizar os elementos vitais da sistemática coletiva. É a codificação que permitiria a eliminação dos resíduos ou resquícios típicos do individualismo liberal, viabilizando, outrossim, a concepção de mecanismos pensados especialmente à luz das particularidades dos interesses e conflitos coletivos. Somente assim poderia se adequar institutos processuais, inclusive os vigentes, à realidade e necessidades coletivas.

Mas também há argumentos contra a codificação. O primeiro deles aponta o descontexto de uma codificação na atual conjuntura política e jurídica brasileira, que estaria trilhando caminho diametralmente oposto, qual seja: o da descodificação. A coexistência de microssistemas normativos (pluralidade de leis) viabilizaria a abertura do sistema jurídico e proporcionaria uma desejável flexibilidade à tutela coletiva para o alcance da multiplicidade de fatores de realização de seus interesses. Um segundo argumento denuncia o fetiche pela positivação: a maior miragem que uma codificação pode desencadear é a sua completude. Não há códigos completos, porquanto as relações humanas e sociais são por demais complexas e dinâmicas para serem plasmadas de modo absoluto e integral em um texto normativo estático. Por fim, pode-se ainda refutar a codificação argüindo que o sistema vigente (microssistema integrado e autônomo) é mais vantajoso do que um código, pois consiste em um sistema unitário (de processo civil) aplicável tanto aos conflitos individuais como aos coletivos. Nesse sentido, é possível estabelecer diretrizes para uma teoria geral do processo mais aprofundada e congruente, cuja sistemática mais dificilmente é corrompida, seja via legislativa ou judicial.

Constatamos pelo menos quatro modelos de codificação[446] concebidos pela doutrina brasileira, sendo dois de natureza transnacional (o código modelo de Antônio Gidi e o do Instituto de Direito Processual elaborado para países ibero-americanos) e dois de natureza nacional (o código modelo da Universidade de São Paulo - USP que foi posteriormente melhorado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, e o da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e Universidade Estácio de Sá - UNESA).

Há uma polêmica sobre a originalidade da idéia de codificação. Sem querer adentrar no mérito da discussão, que inclusive ensejou a propositura de uma ação judicial de indenização por danos morais movida por Ada Pellegrini Grinover em face de Antônio Gidi[447], entendemos conveniente traçar, em linhas gerais, o movimento doutrinário em prol da codificação.

---

[446] Conferir os modelos de codificação nos **ANEXOS D - Código modelo de processos coletivos para Íbero-América; E – Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos – UERJ/UNESA; e F - Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos – Entregue ao governo.**

[447] Cf. site do professor Antônio Gidi <http://www.gidi.com.br/ada/index.html>. Neste site o jurista disponibiliza, on line, arquivos em pdf das principais peças da ação judicial e também os textos de manifestações de Ada Pellegrini, Eurico Ferraresi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, sobre a alegação, de Gidi, de que o seu modelo de codificação é o original.

Ada Pellegrini Grinover[448], em recente artigo intitulado "Resposta a um convite" (remetendo ao convite feito por Antônio Gidi à comunidade jurídica para o lançamento de sua obra "Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo"), afirma que a idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em maio de 2002, quando o microssistema brasileiro de processos coletivos estava em pleno funcionamento. Esta idéia inicial, de realizar um modelo de codificação que pudesse servir de norte aos diversos países da cultura latina como paradigma para uma possível regulação interna, parece ser de autoria de Antônio Gidi, a partir das discussões travadas no VII Seminário Internacional co-organizado pelo "Centro di Studi Giuridici Latino Americani" da "Università degli Studi di Roma – Tor Vergata", pelo "Istituto Italo-Latino Americano" e pela "Associazione di Studi Sociali Latino-Americani", em Roma.

A idéia inicial foi a de fazer um código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. Nesse sentido, foram incumbidos de realizar uma proposta os juristas Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi, que a contento realizaram sua tarefa ainda em outubro do mesmo ano. Após várias deliberações e votadas as novas propostas, o Anteprojeto converteu-se em Projeto, que foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2.004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, transformando-se assim no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Referido Código Modelo foi objeto de estudo pelos alunos e professores da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da USP no final de 2003. Segundo a coordenadora dos trabalhos, Ada Pellegrini Grinover, o grupo composto pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato, debateu a elaboração de um Código brasileiro de Processos Coletivos que aperfeiçoasse o sistema coletivo, sem desfigurá-lo. A primeira versão do anteprojeto da USP foi concluída em agosto de 2004.

Esta proposta inicial foi arduamente analisada e discutida por alunos da própria instituição USP no ano de 2005, e ainda pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, e por grupos de mestrandos da UERJ e da UNESA, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes. Outros órgãos também deram suas sugestões, dentre eles o IDEC, o Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados. Em dezembro de 2005 o

[448] Cf. **ANEXO G – Resposta a um convite.**

anteprojeto ganhou contornos específicos e foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça. Sua versão definitiva data a dezembro de 2006.

De um modo mais ou menos homogêneo, a tônica desses modelos de codificação foi manter, na essência, as normas da legislação em vigor, mas aperfeiçoando-as por intermédio de regras claras, flexíveis e abertas, mais adequadas, portanto, às demandas coletivas. Dentre os avanços encontrados, destacamos a erição de uma principiologia própria[449] e a reformulação de institutos processuais já estabelecidos. Sobre a codificação, Gregório Assagra[450] afirma que:

> É positiva a iniciativa dos juristas brasileiros que se dedicam ao assunto. Contudo, há sério risco político quanto ao encaminhamento, sem o devido debate nacional, dessas propostas ao Congresso Nacional.
> As demandas coletivas têm incomodado grandes interesses econômicos e políticos nacionais e internacionais, além de serem públicos e notórios os inúmeros choques frontais com o Governo Federal que, inclusive, em várias ocasiões, reagiu autoritariamente, por intermédio de medidas provisórias restritivas às demandas coletivas e à própria coisa julgada coletiva.

De fato, há indícios de uma postura autoritária estatal diante da tutela coletiva, catalisada pelo mal uso da prerrogativa de medidas provisórias (MP). Há cerca de dez anos, Ada Pellegrini Grinover[451] advertiu que a ACP encontrava-se refém do autoritarismo brasileiro. Na época, a jurista problematizou os reflexos da edição das MP n.1.570, de 26 de março de 1997 e n.1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999 sobre a tutela dos direitos coletivos, alertando que essas investidas do Poder Executivo diminuíam a eficácia da ACP, pois limitavam o acesso à justiça, a compreensão do momento associativo e, ainda, reduziam o papel do Poder Judiciário. Mais recentemente, com

---

[449] O código modelo de processos coletivos para ibero-américa destaca-se a adoção do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, conforme dicção do artigo 4: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".
O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos elaborado em conjunto pela UERJ e UNESA prevê, em seu artigo 55: "Princípios de interpretação – Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata".
O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos, tal como apresentado ao Ministério da justiça em janeiro de 2007, prevê, em seu artigo 2, que são princípios da tutela jurisdicional coletiva: a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa; b. universalidade da jurisdição; c. participação pelo processo e no processo; d. tutela coletiva adequada; e. boa-fé e cooperação das partes e de seus cooperadores; f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; g. economia processual; h. instrumentalidade das formas; i. ativismo judicial; j. flexibilização da técnica processual; l. dinâmica do ônus da prova; m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social; n. não taxatividade da ação coletiva; o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais; p. indisponibilidade temperada da ação coletiva; q. continuidade da ação coletiva; r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença; s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem;* t. reparação dos danos materiais e morais; u. aplicação residual do Código de Processo Civil; v. proporcionalidade e racionalidade.

[450] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro:** análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3.

[451] GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 24, n.96, p.28-36, out./dez. 1999.

a rejeição do PL n.5.139/09, tivemos oportunidade de analisar os novos contornos dessas investidas: o patrimonialismo e a cooptação política[452].

Essa idéia de codificação, que teve como clímax a apresentação ao Ministério da Justiça do anteprojeto de codificação, foi por ora abandonada, ou ao menos "arquivada", pois cedeu lugar à elaboração de uma nova lei ordinária que regrasse as ações coletivas: trata-se do PL n.5.139/09, de autoria do Poder Executivo, que logrou disciplinar a nova lei de ACP.

2.2.4 PL n.5.139/09[453]

O PL n.5.139/09, rejeitado aos 17 de março de 2010, é fruto do trabalho de uma comissão especial[454] designada no final de 2008 para formular uma nova lei de ação civil pública. Referida comissão foi presidida pelo Deputado Rogério Favreto (Secretário da Reforma do Judiciário), teve como relator Luiz Manoel Gomes Junior e contou com colaboração de outros 22 juristas, todos escolhidos dentre as várias áreas e carreiras jurídicas que atuam e estudam o direito e o processo coletivo (membros do Ministério Público, da Magistratura, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União, da Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros).

O anteprojeto foi protocolado no Ministério da Justiça em abril de 2009, onde recebeu o aval do Min. Tarso Genro em sua íntegra. Encaminhado à Casa Civil, o anteprojeto sofreu alterações, algumas delas com o nítido propósito de limitar sua potência originária e privilegiar o Estado enquanto possível sujeito passivo em ações coletivas. Após, o anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional, onde tramitou na Câmara dos Deputados sob o número 5.139/2009, sob relatoria do Dep. Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ). Nessa casa, o então projeto de lei foi objeto de

---

[452] Cf.: RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RE, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Ação civil pública é refém do patrimonialismo brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>. Acesso em: 29 mai. 2011.

[453] BRASIL. Projeto de lei n.5.139 de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432485>. Acesso em: 13mar. 2010. Disponível, também, no **ANEXO H - Substitutivo ao Projeto de Lei n.5.139 de 2009.**

[454] O Ministério da Justiça instituiu pela Portaria n.2.481/08, uma Comissão Especial com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva, com a seguinte composição: Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Poder Judiciário, que a presidiu, Luiz Manoel Gomes Junior, encarregado da relatoria, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sérgio Cruz Arenhart.

discussão em audiência pública realizada em julho de 2009, ocasião em que foi dada oportunidade para os membros da comunidade manifestar suas respectivas opiniões[455].

O PL n.5.139/09 inovou ao arrolar uma principiologia própria[456] a viger sobre as ações coletivas, e também ao ampliar os direitos coletivos tuteláveis pela ACP, que passaria a abranger: I – do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos; II – do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência; III – da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário; IV – dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; além de quaisquer outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (inciso V).

Outras alterações fulcrais foram contempladas pelo PL: a criação de um sistema de cumprimento de sentenças adequado aos processos coletivos; a ampliação do rol de legitimados ativos; a flexibilização na condução do processo, adequando-o ao direito material afeto; ampliação na transparência e discussão democrática da ACP, ao permitir audiências públicas e assistência litisconsorcial; entre outras.

Não obstante os inúmeros avanços que poderíamos citar em torno da ACP que a nova lei poderia propiciar, a mesma foi rejeitada pela Câmara dos Deputados, em votação de 17 contra 14. Segundo Ada Pelegrini Grinover, em audiência pública do Senado realizada aos 26 de março de 2010 no Tribunal de Justiça de São Paulo, chegou a sugerir à Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de novo CPC, que considere os estudos realizados até então em termos de processo

---

[455] "Cumpre salientar que os deputados federais, no exercício de suas funções e, sobretudo, atuando em nome dos cidadãos que o elegeram com o único e exclusivo propósito de representação democrática, apresentaram várias emendas ao anteprojeto inicial, a partir dos quais teve início sucessivos debates na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). A opção em editar uma nova lei de Ação Civil Pública deve-se pelo menos a um motivo: a aprovação de um código é resultado de anos de tramitação e articulação política, já a edição de uma lei ordinária é procedimento mais célere. Esse fator temporal, somado à contingência imediata de edição de uma lei voltada às nuances específicas que os conflitos metaindividuais suscitam, por si já justificariam a edição de uma nova lei." RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RE, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Ação civil pública é refém do patrimonialismo brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 abr. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>. Acesso em: 29 mai. 2011.

[456] Nos termos do art. 3 do PL n.5.139/09, o processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; IX – preferência da execução coletiva.

coletivo, pois trata-se de pesquisa e elaboração séria, comprometida, e realizada por juristas que exerceram com responsabilidade o múnus público de elaboração do PL.[457]

Como são vários os institutos e estruturas passíveis de análise, e considerando não só nossas próprias limitações como, principalmente, aquelas de ordem temporal optamos por enfatizar o estudo da principiologia processual coletiva incipiente, já que aplicável a toda gama de processo e procedimento coletivo. Entendemos que, assim, conseguiremos canalizar nosso estudo de modo mais profícuo.

2.3 Por uma principiologia processual coletiva[458]

Analisaremos, neste momento, a principiologia processual coletiva como requisito necessário para a efetivação da cidadania como direito fundamental.

Partindo da análise da funcionalidade dos princípios na Teoria do Direito, abordaremos a conceituação de princípios como espécie normativa distinta das regras. Lastreados na doutrina de Robert Alexy, teceremos alguns apontamentos sobre a fundamentalidade dos ditos direitos fundamentais, entendo que os paradigmas filosófico, científico e político, vigentes no Direito, constituem óbices para a efetivação extensiva e expansiva dos direitos fundamentais.

Posteriormente, trataremos da principiologia processual coletiva. Inicialmente, alocaremos esse novel ramo da ciência processual na Teoria Geral do Processo, distinguindo-o dos hodiernos ramos civil e penal. Em seguida, elucidaremos a aplicação dos princípios gerais do processo ao ramo coletivo, apontando, com base na doutrina brasileira, a principiologia inerente à hipótese coletiva. Por fim, resgataremos a potência originária da tutela coletiva em servir de instrumento concretizador da cidadania.

---

[457] Há, atualmente, articulação política entorno de nova propositura do PL. Cf. RIZZI, Esther. Avanços e desafios da nova Lei de Ação Civil Pública. In: TERRA DE DIREITOS. **Caderno Direitos Humanos, Justiça e Participação Social,** [s.l], ano 2 l, n **3**l, jun. 2011. Disponível em: <http:www.terradedireitos.org.br>. Acesso em: 5 ago. 2011.

[458] O presente tópico foi objeto de apresentação no I Congresso da Associação Mineira de Pós-Graduandos em Direito - AMPD, realizado no ano de 2010 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, em Belo Horizonte/ MG. A partir das discussões travadas no respectivo congresso (grupo de trabalho: "processo, acesso a justiça e prática judiciária"), foi possível problematizar a funcionalidade dos princípios na efetivação do direito de acesso a justiça. O trabalho foi publicado nos anais do evento (RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Por uma principiologia processual coletiva: a funcionalidade dos princípios processuais coletivos na efetivação da cidadania. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO, n.1, 2010, Belo Horizonte/MG. **Anais : artigos completos.** Belo Horizonte/MG: AMPD; Pergamum, 2010. P. 2845 a 2892) e, posteriormente, em periódico especializado, com modificações (COSTA, Yvete Flávio; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Por uma principiologia processual coletiva: a funcionalidade dos princípios processuais coletivos na efetivação da cidadania. **Juris Plenum Ouro**, Caxias do Sul/RS, v.15, out., 2010).

A fundamentação que adotamos[459] possui lastro no constitucionalismo contemporâneo[460], e volta seu olhar para a potencialização dos direitos fundamentais, não só no plano teórico, mas, sobretudo, no plano concreto, para a realização desses direitos como expressão da cidadania e da democracia. Logra-se, com isso, dar máxima efetividade ao texto constitucional, cuja interpretação deve ser feita de modo ampliativo, principalmente em se tratando de direitos coletivos e fundamentais.

Para tanto foi necessário superar a dicotomia tradicional do direito processual em civil e penal, devido ao insuficiente suporte teórico que este reducionismo proporciona em se tratando de direitos coletivos. Nesse sentido, não só reafirmamos a existência de um novo ramo da ciência processual (o coletivo) como também o estabelecimento de um método pluralista inovador[461], que conflui para a realização de um megaelemento denominado justiça social. Através dele, norteia-se a adoção, pelo Estado, de uma postura prospectiva pós-moderna, que se volta mais à concretização do que à mera declaração dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos coletivos.

2.3.1 A função dos princípios no Direito

Luiz Guilherme Marinoni[462] afirma que "diante do atual contexto de formação da lei e das novas formas de produção do direito, não há mais como pensar em norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento". Com isso, o autor introduz a

---

[459] Nesse sentido, profícua é a investigação do jurista Gregório Assagra de Almeida, promotor de Justiça em Mingas Gerais cujo brilhantismo ímpar permitiu a elaboração de uma teoria geral do processo coletivo já quando de seus estudos em nível de mestrado, ocasião em que defendeu o direito processual coletivo como novo ramo do direito processal mas não inteiramente autônomo à ciência processual ou teoria geral do processo. Segundo aludido autor, o direito processual coletivo insere-se no âmbito do direito processual constitucional, que consagra várias formas de garantias constitucionais para tutela de direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Como exemplos, Assagra cita o mandado de segurança (CF/88, art.5, LXIX e LXX), a ação popular (CF/88, art.5, LXIII), o dissídio coletivo (CF/88, art.114, §2), a ação civil pública (CF/88, art.129, III), as ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade das leis (CF/88, art.102, I, a), dentre outros. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 34.

[460] Carmen Lúcia Antunes Rocha define "constitucionalismo" como movimento juspolítico embasador de uma ordem estatal específica, fundamentada em princípios democráticos garantidores dos direitos fundamentais do homem, da limitação, da participação popular e alternância no poder. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-2.

[461] O método pluralista é proposto por Gregório Assagra em contraposição ao método técnico-jurídico tradicional. Segundo o autor, este método incorpora vários elementos além do técnico-jurídico, são eles os elementos social, histórico, econômico, político, ético. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

[462] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

discussão do processo de publicização do direito processual, o qual, inclusive, é sentido reflexamente em outros ramos do Direito enquanto ciência.

A existência de *lobbies* e de grupos de pressão no parlamento[463] faz com que o ideal de impessoalidade e coerência da lei seja mera miragem, realidade não alcançável principalmente em um Estado e Sociedade cuja complexidade elide toda e qualquer pretensão de igualdade. Nesse sentido, a vontade legislativa muitas vezes não coincide, e até mesmo colide, com o que seria a vontade popular. Determinadas que são por aquelas forças de pressão, as idéias expressas em textos legislativos resultam, na verdade, dos ajustes realizados pelos legisladores.

Nesse contexto, urge redimensionar a noção de legalidade e também a própria concepção do Direito. Se a lei não é mais fruto legítimo do pluralismo e se a mesma expressa ainda ordens cogentes emanadas de um poder político, constituído de modo democrático, o cerne da preocupação revela-se na medida em que se indaga a verdadeira substância da lei. A resposta que nos é dada, em um Estado Constitucional tal como o brasileiro, aponta no sentido e conteúdo das Constituições. Nesse Estado, a lei vai encontrar seus limites e contornos nos princípios constitucionais. A lei não vale mais por si, porém depende da sua conformação com os direitos fundamentais.

> Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.
> Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto.
> A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. (…)[464]

Imbuídos desses presságios neoconstitucionalistas, que pressupõem a adoção de uma postura crítica da lei em face da Constituição e delega ao jurista uma tarefa mais de construção do que de pura e simples revelação, nos deteremos a transcrever sobre a

---

[463] Por parlamento entendemos, nesta oportunidade, aquela instituição ou órgão incumbido, dentro da organização e repartição dos poderes no Estado, de editar leis. No Brasil, referida incumbência é encargo do Poder Legislativo, o qual, por sua vez, estrutura em esferas diferenciadas no território nacional, segundo seus níveis de incidência: a Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa e Congresso Nacional, neste englobando Câmara dos Deputados e Senado Federal.

[464] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 47. (grifo do autor).

importância dos princípios no Direito[465] para, em seguida, analisar a relevância da consolidação de uma principiologia processual coletiva própria.

2.3.1.1 O conceito de princípios

Walter Claudius Rothenburg[466] resgata duas definições de princípios para, em um segundo momento, estabelecer distinções frente às regras. Com Pontes de Miranda afirma serem os princípios verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ou proposições fundamentais da validez de um sistema. Já com Celso Antônio Bandeira de Mello, delineia-os como mandamentos nucleares de um sistema, formando o seu alicerce e atuando como disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência.

A noção de princípio se aproxima em muito à tarefa de interpretação do Direito. Na verdade "Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos se não verificarem, com esmero, o sentido e alcance das suas prescrições"[467]. Rothenburg[468] fala ainda que os princípios são normas diferenciadas por sua natureza (critério qualitativo), constituindo a expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico e informando materialmente as demais normas, fornecendo-lhes a inspiração em seu conteúdo.

É certo que, até mesmo por uma questão terminológica, os princípios estão atrelados à idéia de "início", "fonte", "base" e "estrutura fundante". Há uma proximidade entre o conceito de princípio e a idéia de Direito: princípios possuem um caráter de fundamentalidade, são fontes primeiras do Direito, externam uma natureza normogenética, na medida em que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas. Pode-se ainda afirmar que os princípios possuem um caráter de primariedade, originalidade e superioridade.

---

[465] Segundo Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, "A passagem dos *princípios gerais do direito* gradativamente do direito civil, no qual desempenhavam uma função supletiva (colmatação de lacunas), para o campo do direito constitucional é uma das mais importantes conquistas da teoria jurídica do séc. XX. Ela representa também a passagem de uma teria geral do direito e do processo voltada para o direito civil, para uma teoria geral do direito e do processo com matriz constitucional, portanto publicizada.". DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes Zaneti Junior. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 95.

[466] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 14-15.

[467] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6.

[468] ROTHENBURG, Ibid., p. 16.

Partilhamos da visão de Rothenburg[469], ao rejeitar uma visão mistificadora dos princípios enquanto máxima absoluta (transcendente ao homem e para além do Direito), e entendemo-los como domínio histórico, residente na intimidade do próprio ordenamento:

> Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios, que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.

Ruy Samuel Espíndola[470], em análise sobre os princípios jurídicos e a Constituição, busca inicialmente elementos lexicais para estabelecer que "princípio" é o momento, local ou trecho em que algo tem origem, a causa primária, o elemento predominante, um preceito, regra, lei, a base, fonte ou causa. Em outro momento, assevera que princípio é aquilo que estrutura um determinado sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação. Acaba por concluir que "designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam".

O jurista distingue inicialmente a noção de "preceito" da de "norma", esclarecendo que aquele se refere ao enunciado lingüístico (disposição textual) enquanto essa constitui o significado jurídico normativo daquele enunciado. Essa distinção é de extrema relevância, pois diferencia o objeto da interpretação (preceito) do seu produto (norma). Espíndola afirma que a normatividade (qualidade de norma) dos princípios passou por basicamente três fases: (a) - a jusnaturalista, que posicionou os princípios em uma esfera abstrata, metafísica, remetendo sua eficácia a uma dimensão ético-valorativa do Direito; (b) - a juspositivista, que partiu do pressuposto de que os princípios são deduzidos das leis, tendo, portanto, um caráter subsidiário e servindo como fontes de integração do direito; e (c)- a pós-positivista, que erigiu os princípios ao posto de fundamento axiológico-normativo do ordenamento, cunhando-os de caráter vinculante e constitucionais.

De fato, "é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios ampliou o seu raio de circunferência científica, ganhando mais vigor, latitude e profundidade para desenvolver-se, pois seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas"[471]. Princípios são

---

[469] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 17.
[470] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.
[471] Ibid., p. 76-77.

então mais do que normas de natureza jurídica: expressam uma natureza política, ideológica e social, e elege determinados valores como fundantes de um Estado e Sociedade. Apresentam funções que lhe impigem traços peculiares[472], a saber: a função fundamentadora (eficácia derrogatória e diretiva, com as quais todas as normas devem guardar correspondência), a função interpretativa (serve de lastro para determinam o alcance e densidade das normas jurídicas), a função supletiva (propicia a integração do direito) e a função prospectiva (revela uma faceta dinamizadora e transformadora do direito, ao impedir o retrocesso e servir para a adoção de novas formulações, que mais se aproximem à idéia de direito).

2.3.1.2 Distinção entre princípios e regras em Robert Alexy

Percebe-se, da leitura de dispositivos constitucionais tais como o artigo 1º, inciso III (estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil) e o artigo 104, caput (estabelece que o Superior Tribunal de Justiça compor-se-á de, no mínimo, trinta e três ministros), que há diferentes tipos de normas jurídicas, pois notamos que suas respectivas essências não são as mesmas: ora revelam um princípio, ora estabelecem uma regra. Essa distinção, que no exemplo apontado parece notória, nem sempre é de fácil constatação. O liame que divisa princípios e regras é tênue. Agrava a situação o fato de que ambos os conceitos ora se distanciam, ora se confundem. Por essa razão, imperioso se faz discutir suas nuances.

A investigação ganha relevo quando problematizada sob a ótica daquela ordem de direitos ditos fundamentais, mormente quando inserida em um sistema jurídico positivado, tal qual o brasileiro, em que a discussão logra discernir aspectos e graus de validade e de valoração (quantitativa e qualitativa). No Brasil, no que cinge a ordem constitucional instaurada em 1988, a temática adquire contornos especiais, pois inaugurando o texto constitucional verificamos o arrolamento de princípios, de direitos e de garantias fundamentais (respectivamente Títulos I e II), constatação esta que indica a opção pátria em emprestar a tal sorte de normas jurídicas um significado especial, em uma topologia destacada em nosso ordenamento.

Nesse sentido, é oportuno estudar não só a composição desses direitos fundamentais, mas também, e principalmente, trazer a celeuma de sua gênese na Teoria do Direito. Por essa

[472] Quanto às suas características, apontamos: generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, atualidade, poliformia, vinculação, aderência, informatividade, complementariedade e normatividade.

razão, teceremos breves apontamentos sobre a distinção (se existente) entre *princípios* e *regras* como espécies normativas. Eros Roberto Grau[473] assevera que "A *norma jurídica* é o resultado da interpretação [...] [que] não é só o texto escrito – e da própria realidade, no momento histórico no qual se opera a interpretação -, mas também dos fatos", e continua:

> As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – são transformados em *normas*). Por isso *as normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem.

Concluímos, então, que texto (enunciado, disposição) e norma são se identificam, pois aquele consiste em mero sinal lingüístico, enquanto essa é o que se revela ou se designa[474]. Essa distinção inicial é relevante na medida em que verificamos que o significado da norma não se esgota na letra da lei (normas potenciais); antes, ele é produzido ou revelado pelo intérprete, que de certa forma desnuda a norma de seu invólucro, fazendo brotar do texto o seu sentido e alcance.

Carlos Maximiliano[475], discorrendo sobre a aplicação do direito, afirma que, nessa tarefa, é necessário realizar uma tarefa preliminar: descobrir e fixar o verdadeiro sentido da regra positiva e, em seguida, fixar o respectivo alcance e extensão. Nessa tarefa de interpretação e aplicação, considera que "[...] [o jurista] Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces e dali arranca tesouros de idéias latentes até aquele dia, porém vazios e lúcidos"[476].

Em Robert Alexy[477] encontramos que as normas jurídicas:

> [...] dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. [...] são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre princípios e regras é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Luis Fernando Coelho aponta traços comuns às normas jurídicas[478], tais como a imperatividade, a atributividade, a bilateralidade, a intersubjetividade, a coercitividade, a generalidade e a impessoalidade. Alude, ainda, a alguns aspectos relevantes: vigência (atestam

---

[473] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1991. p. 102. (grifo do autor).
[474] Ibid., p. 225.
[475] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.
[476] Ibid., p. 12.
[477] ALEXY, Robert**. Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 83.
[478] Para o jurista, as normas jurídicas "dizem respeito ao direito como um ser atual, como algo que existe no tempo e no espaço ou, pelo menos, como alguma coisa cujos efeitos são sentidos ou vivenciados pelos membros da coletividade". Cf. COELHO, Luis Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri: Manole, 2004. p. 168.

existência atual da norma); historicidade (fenômeno existente em determinado tempo e espaço); eficácia (possibilidade de atingir concretamente seus objetivos); legitimidade (diz respeito ao consenso dos cidadãos quanto à sua vontade); legalidade (localização da norma no sistema jurídico); e validade (condição para que a norma seja aceita como obrigatória).

Ora, se o Direito se expressa por meio de normas, e se estas se exprimem por meio de princípios e regras, cumpre-nos investigar, também, a gênese destas. As regras, como espécie normativas, são comandos que impõem um padrão de comportamento ou conduta. Incidem diretamente, sem a necessidade de uma mediação concretizadora, e, de certa forma, são definitivas e aplicáveis conforme sua validade (regra do "tudo ou nada"). Sua generalidade suscita sua aplicação a um número indeterminado de atos e fatos jurídicos, mas somente a situações já determinadas. Possuem uma estrutura pouco maleável, contando com um maior grau de concreção. Dependendo do grau de minudência, as regras podem mostrar-se relativamente suficientes e repelir então outras formas de integração. As regras aplicam integralmente os princípios, mas não os esgotam, já que os princípios possuem uma virtualidade inexaurível[479].

2.3.1.3 A funcionalidade dos princípios na realização dos direitos fundamentais

Partiremos da caracterização dos paradigmas científicos, políticos e filosóficos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais, inclusive, coincidem em maior ou menor medida com aqueles caracterizadores dos diversos sistemas que compõem a cultura ou tradição ocidental. Em linhas gerais, podemos afirmar que o paradigma vigente no Direito é lastreado no normativismo, adota como método a lógica formal (aspecto científico), se apóia no liberalismo (aspecto político) e desenvolve um modelo abstrato de conhecimento (aspecto filosófico).

Referida afirmação torna-se leviana e talvez não sirva como premissa em nosso estudo se não for acompanhada por um esforço científico mínimo no sentido de traçar os contornos reais e atuais dos direitos fundamentais. Por essa razão, investigaremos o delineamento dos direitos fundamentais na Teoria do Direito, perquirindo em que medida o modelo jurídico vigente contribui, teórica ou praticamente, para sua respectiva eficácia e efetivação.

O escopo deste questionamento é, sem dúvida, contribuir para o debate em torno da

---

[479] ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 30.

teoria dos direitos fundamentais, notadamente no sentido de enriquecer, de alguma forma, sua efetivação extensiva e expansiva, a despeito do legado liberal conformador que há tanto permeia nossa concepção de direito e, principalmente, de justiça.

O ideário dos juristas, assim como o dos ordenamentos ocidentais em geral, possui certos contornos comuns os quais nos permitem afirmar a vigência de uma teoria hegemônica do direito, que identifica este com norma, adota como método a lógica-formal e insere-se num contexto político liberal. Estes traços comuns, constatáveis na maioria dos sistemas jurídicos, tecem paradigmas de árdua ruptura, os quais acabam interferindo de maneira incisiva quanto à efetivação dos direitos fundamentais, mormente se considerarmos como corte histórico o século XVIII e a eminência da era da modernidade.

Seria ingênuo de nossa parte crer ou primar por uma neutralidade na Teoria dos Direitos Fundamentais, porque não há neutralidade em qualquer das ciências humanas, inclusive no Direito enquanto ciência social aplicada. Há condicionantes ideológicas, históricas, geopolíticas, sociais e de outras tantas ordens, que não podem ser ignoradas sob pena de, negligenciadas, condicionarem a ciência (e também a realidade) a despeito de nossa própria consciência.

Em se tratando de Direitos Fundamentais, a atenção deve ser redobrada, pois sob sua égide encontramos, além do texto normativo, diversos enfoques teóricos passíveis de serem adotados, dentre eles: o contexto político, o valorativo ou axiológico, o filosófico e o econômico. Esta multidimensionalidade que tão bem caracteriza a Teoria dos Direitos Fundamentais indica o quão complexo é o seu estudo e, mais ainda, quanto o é a sua real compreensão. Eis pois um campo de estudo instigante, na exata medida de sua complexidade.

Se, são múltiplas as dimensões de análise, urge então investigar que conteúdo é esse que, extrapolando a pauta positivada, formal ou abstrata dos direitos fundamentais, alcança um plano diverso, inserido numa ordem ou esfera real, materializada ou não meramente abstrata. Este conteúdo se apresenta de forma mais ou menos uniforme diante dos mais diversos ordenamentos e teorias jurídicas ou científicas, de modo que podemos afirmar existir uma teoria hegemônica acerca os Direitos Fundamentais, teoria esta que, a medida de sua homogeneidade, apresenta lastros, fundamentos e estruturas comuns, que hegemonicamente se apresentam no tempo e no espaço.

2.3.1.3.1 O paradigma filosófico[480]

O senso comum filosófico vigente aponta para uma visão abstrata ou formal do direito. Invariavelmente os teóricos e suas respectivas teorias retornam a concepções de filósofos célebres tais como Platão, Aristóteles, Descartes, Kant e Comte para justificar uma teoria do direito calcada em modelos conformadores da cultura jurídica ocidental, ou seja, viabilizadores da manutenção do *status quo* e do ideário político e científico decorrente do liberalismo.

A noção que temos hoje sobre o que seja o "direito" foi erigida em um plano abstrato, identificando-o com uma "ideia", mais ou menos alcançável, que se projeta sobre a realidade. Esta concepção, independente da perspectiva que adotemos (identificação de direito com lei, norma, justiça, instrumento de emancipação social, técnica, enfim), não é de formação recente, antes, remonta à Grécia Antiga, mais especificamente a Platão (427 a 347 a.C) e sua teoria do conhecimento (ou doutrina da reminiscência). Por meio desta, foi estruturada uma teoria do direito que, como a própria nomenclatura indica, é fundamentalmente teórica, idealizada, calcada em especulações meramente abstratas e, portanto, desligadas da realidade. O direito, assim considerado, adquire contornos abstratos, e se consubstancia em aspecto meramente ou eminentemente formal.

Outra aspiração que orienta o mundo ocidental (mormente quanto à ética e à lei) é a filosofia cristã, que desloca e transmuda a noção de liberdade. Na antiguidade, a liberdade possuía um forte apelo político: "ser livre" correspondia a "ser cidadão na polis", aproximando-se, pois, da noção de democracia participativa (peculiaridade grega). Na era cristã, a liberdade é translocada do campo político e do Estado para o interior do homem, se aproximando muito da ideia de "livre arbítrio". Segundo Marilena Chauí[481] o cristianismo despolitiza a liberdade e, ao interiorizá-la, moraliza-a, subordinando o ideal da virtude à idéia

---

[480] Este tópico foi elaborado tendo em vista os estudos desenvolvidos na disciplina intitulada "Teoria dos Direitos Fundamentais", ministrada pelo docente responsável doutor Antônio Alberto Machado, no ano de 2009, no âmbito do PPGD da UNESP, campus de Franca/SP. Referidos estudos, preliminares, subsidiaram o trabalho de conclusão da disciplina e, posteriormente, foram pormenorizados em capítulo de livro de nossa autoria (RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Direitos humanos e gênero: um aporte quase universal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 89-100). Para maior problematização da temática dos paradigmas vigentes no direito, conferir: MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** 2. ed. Atlas: São Paulo, 2009. p. 66 a 80; MACHADO, Antônio Alberto. A teoria do direito e os paradigmas positivistas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 23-30;WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 187 et seq; LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 19-124.

[481] CHAUI, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Brasiliense, 1994. v. 1.

do dever e da obrigação. As aspirações cristãs refletem no campo jurídico dogmas como a imposição de certa ordem de lei (direito natural ou direitos humanos) a todos e a valorização da autonomia da vontade como expressão da liberdade.

Na Idade Média encontramos também outra forte influência, qual seja: o projeto filosófico de René Descartes (1596 a 1650). Descartes resgata a noção de que todo o conhecimento passa necessariamente pela razão e, em seguida, realiza um destrinchamento ou separação das partes que compõe o real (especializações). O método cartesiano de conhecimento é muito difundido e aceito nos dias de hoje, e tem por finalidade "pôr a razão no bom caminho, evitando assim o erro", seria um "procedimento que visa garantir o sucesso de uma tentativa de conhecimento, da elaboração de uma teoria científica"[482]. Tal método compõe-se de quatro regras: a da evidência (não aceitar uma coisa como verdadeira enquanto não evidente), a da análise (divisão das dificuldades em quantas partes forem necessárias para resolvê-las) a da síntese (galgar o conhecimento gradualmente, começado pelos objetos mais simples ou fáceis, até os mais complexos) e a da enumeração (tão completas quanto possível para nada omitir).

A contribuição de Emmanuel Kant (1724 a 1804) é também sentida de modo uniforme. Em Kant, o conhecimento só é possível na medida em que interagem condições materiais (advindas da experiência) e formais de conhecimento (advindas da razão). No âmbito jurídico, Kant lança as bases da distinção entre moralidade e juridicidade. Segundo Bittar[483] no sistema kantiano direito e moral distinguem-se como duas partes de um mesmo todo unitário, que se relacionam à noção de liberdade externa e interna, respectivamente. Essa concepção favorece o alento da doutrina da coercitividade (peculiar a juridicidade, ou seja, ligada ao direito e à idéia de imposição de leis e aplicação de sanções por autoridades), e torna-se caractere indissociável da teoria do direito, marcando, de modo quase absoluto, a distinção entre o agir moral e o jurídico.

2.3.1.3.2 O paradigma científico

Também na ciência do direito percebemos haver um consenso sobre o que venha a ser o seu objeto de estudo. Com maior ou menor intensidade o senso comum jurídico identifica o direito com norma, lei e ordem. O direito, nesse diapasão, é visto como mero instrumento a serviço de uma

---

[482] MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos à Wittgenstein. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 162.

[483] BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

técnica, e pouco ou nada contribui para a emancipação do próprio homem em sua condição.

O disseminado normativismo kelseniano surge em um contexto de "confusão teórica", em que a doutrina se debatia sobre a indagativa: será o Direito uma ciência própria ou será ele mero apêndice da sociologia? Kelsen parece "acalmar" os exaltados ânimos dos juristas ao realizar uma dupla depuração científica no direito: ele identifica direito com norma, norma esta que brota da lei. Nessa concepção, a norma seria o comando que emana da lei (enunciado feito pelo legislador em caráter geral e abstrato), e ao cientista caberia a investigação das proposições jurídicas de modo "puro e objetivo" (lógica formal). Kelsen delimitou o seu objeto de estudo, restringindo-o à norma, tendo em vista a "impureza" do direito enquanto fenômeno multifário. Ocorre que ao ignorar as condicionantes do direito, Kelsen negligenciou fatores que invariavelmente incidem quando de sua aplicação. O direito é uma ciência aplicada, uma teoria pura seria desmentida pela realidade.

As premissas estabelecidas por Kelsen e que imantam a teoria do direito de uma forma hegemônica são: o estabelecimento do sujeito de direito como centro de impetração jurídica; a adoção do método logico-formal; a redução da finalidade do direito á manutenção da ordem; e o postulado de validade da norma pela sua hierarquia no sistema jurídico (norma hipotética fundamental construída como ápice da fórmula piramidal). Dessa maneira, a validade de uma norma é buscada na norma hipotética fundamental (imperativo categórico).

É claro que há uma idéia de ordem na norma, mas esta não pode ser analisada somente como instrumento de repressão. As normas também servem, ou deveriam servir, para libertar o homem e estabelecer condutas, e sua compreensão e aplicação, para posterior desenvolvimento, deveria obedecer a um movimento dialético na leitura de normas (análise do fato e da norma em implicações recíprocas). As normas são um momento do Direito, e não todo o Direito. Ocorre que, diante as várias indagações que surgem diante a tentativa de estabelecer um objeto (que não a norma) e metodologia (que não a lógica formal) próprios, é mais seguro e satisfaz melhor os anseios liberais perpetrar a teoria normativista, afirmando ser o direito norma e o método o lógico formal.

2.3.1.3.3 O paradigma político

O liberalismo é outro componente hegemônico na teoria do direito. No plano econômico, o liberalismo apresenta alguns traços notáveis: apreço pela iniciativa privada;

valoração exacerbada da propriedade, da liberdade, da desregulamentação do setor produtivo, da liberdade contratual; entre outros. No campo político, esses ideais se nos apresentam através da defesa de uma postura estatal de intervenção mínima, em que a liberdade política se identifica com a idéia do sufrágio universal (e somente assim), da tripartição dos poderes e da democracia representativa, esta, se aproximando mais de uma prática delegativa do que participativa.

No âmbito jurídico não seria diferente. O quadro anteriormente traçado contribui para a aceitação de: primado da lei (legalidade), tripartição dos poderes estatais, ilusão da lei como emanação da vontade geral (e não como resultado de jogos de poderes econômicos e políticos), monismo jurídico (somente o Estado emana a lei), pretensa neutralidade da lei, aparência de isonomia, pregação de uma igualdade meramente formal e apego à autonomia da vontade. Neste cenário, o próprio Direito se descaracteriza, e somente certa ordem de direitos (aqueles individuais, patrimoniais e de defesa) é tutelada eficaz e eficientemente.

2.3.1.4 Primeiras impressões: o aparente fracasso dos direitos fundamentais

Diante referidos paradigmas, que se apresentam hegemônicos, indagamos: terá o direito contornos exclusivamente retóricos na efetivação dos direitos fundamentais? Podemos romper com esses paradigmas?

Robert Alexy[484] em sua célebre obra sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais nos estrutura as normas de direitos fundamentais, tentando resolver o problema de sua aplicabilidade, mas não aponta a "solução", pretensa que seja, para contornar sua baixa efetividade. Se os direitos estão declarados, urge efetivá-los, para que os mesmos não cumpram função meramente mistificadora em nossa sociedade e restem, tais como letra morta, sem eficácia.

Os direitos fundamentais não cumprem o papel de emancipadores da sociedade, não são uma expressão democrática. São direitos e teoria de caráter diminuto, que maximizam o pilar da regulação e desequilibram, enquanto pilar, o paradigma da modernidade. Paulatinamente presenciamos um Judiciário, um Direito, um Estado e uma Sociedade cooptados por valores e interesses de mercado. E mais. Os direitos acabam sendo concebidos num plano abstrato, platônico, e acabam não se conformando à realidade. Vivemos um Direito que não se realiza. Estudamos uma teoria que não se aplica. Afirmamos uma fundamentalidade que não se efetiva.

---

[484] ALEXY, Robert**. Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

Consideramos que fundamental seria um adjetivo a qualificar um Direito que se demonstrasse emancipatório, um Estado que se realizasse democraticamente, uma democracia que se exercesse participativamente, uma regulação que se efetivasse na realidade e uma teoria que não se esgotasse em retórica[485]. Imbuídos desse espírito crítico, ou ao menos aguçado, passemos a discorrer sobre os princípios do direito processual coletivo, entendendo que através deles instrumentaliza-se um a efetivação dos direitos fundamentais.

2.3.2 Princípios específicos ao direito processual coletivo

Entendemos ser crucial para o processo coletivo, como ramo científico autônomo, conviver com a principiologia já concebida da teoria geral do processo. Segundo Marinoni[486]:

> Os princípios, por sua natureza, devem conviver. Os princípios são fruto do pluralismo e marcados pelo seu caráter aberto. Bem por isso são avessos à lógica que governa a aplicação das regras e à hierarquização. A idéia de que um princípio prevalece sobre o outro, em uma perspectiva abstrata, afronta a condição pluralista da sociedade.

Assim, princípios já revelados pela doutrina como estruturantes de uma teoria geral do processo[487], continuam plenamente vigentes no âmbito coletivo. Paralelo à estes princípios gerais, deve conviver uma gama específica de princípios inerentes à tutela coletiva.

No campo legislativo, ao menos duas iniciativas chamam atenção quanto à contribuição na erição de uma principiologia processual coletiva expressa: o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e o PL n.5.139/09, que disciplina de um modo inovador a ACP, revoga a legislação vigente e introduz um sistema único de Ações Coletivas.

---

[485] Talvez a solução esteja na formação do jurista, ou no modo pelo qual a sociedade se articula, ou quiçá na formulação de uma nova teoria e de novos direitos, mas, ao menos de nossa parte, seguimos uma tradição platônia-aristotélica-cartesiana-kant-comteana de, por ora, nos indignar. A alusão a uma tradição ou teoria "platônia-aristotélica-cartesiana-kant-comteana" fora originariamente elaborada pelo professor Antônio Alberto Machado, em seu curso de Teoria dos Direitos Fundamentais ministrada no primeiro semestre de 2009 no curso de mestrado em Direito da Unesp, Franca.

[486] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

[487] À guisa de exemplificação citamos como princípios da teoria geral do processo aplicáveis ao processo coletivo: contraditório, economia processual, acesso à justiça, inafastabilidade e unidade da jurisdição, recorribilidade das decisões ou duplo grau de jurisdição. Há uma gama de princípios vigentes no processo coletivo e que não cabe aqui analisar detalhadamente, bastando, por ora, indicar que todos aqueles que se identificam à teoria geral do processo e também aqueles que emanam da ordem constitucional estabelecida são plenamente aplicáveis às ações coletivas.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP ao Ministério da Justiça em 2007, traz no bojo de seu primeiro capítulo a seguinte disposição:

> art.2. São princípios da tutela jurisdicional coletiva:
> a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
> b. universalidade da jurisdição;
> c. participação pelo processo e no processo;
> d. tutela coletiva adequada;
> e. boa-fé e cooperação das partes e de seus cooperadores;
> f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
> g. economia processual;
> h. instrumentalidade das formas;
> i. ativismo judicial;
> j. flexibilização da técnica processual;
> l. dinâmica do ônus da prova;
> m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
> n. não taxatividade da ação coletiva;
> o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
> p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
> q. continuidade da ação coletiva;
> r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
> s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem;*
> t. reparação dos danos materiais e morais;
> u. aplicação residual do Código de Processo Civil;
> v. proporcionalidade e racionalidade.

A iniciativa dos idealizadores do anteprojeto é louvável, e em muito contribuiu para a elaboração de uma segunda tentativa de regulação, qual seja, a do PL n.5.139/09, que elenca:

> art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:
> I – amplo acesso à justiça e participação social;
> II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
> III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
> IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
> V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
> VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
> VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
> VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo;
> IX – preferência da execução coletiva.

No campo doutrinário brasileiro, encontramos divergência quanto à nomenclatura e inclusive à enumeração da principiologia processual coletiva. Dentre os juristas contemporâneos que se conjugam esforços no sentido de afirmá-la, destacamos ao menos quatro: Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.[488], Gregório Assagra de Almeida[489] e Elton Venturi[490]. Não obstante a divergência retro, podemos identificar a existência de um cerne fixo que desponta como mote para a ciência processual coletiva, conteúdo este que doravante explicitaremos como pauta de estudo.

2.3.2.1 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito coletivo

Em profícua análise do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, Almeida[491] afirma:

> Assim, como guardião dos direitos e garantias sociais fundamentais, o Poder Judiciário, no Estado democrático de direito, tem interesse em enfrentar o mérito do processo coletivo, de forma que possa cumprir seu mais importante escopo: o de pacificar com justiça, na busca da efetivação dos valores democráticos. Com efeito, o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social. (…)

Não é admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado

---

[488] Destacamos nesta a principiologia elencada na obra conjunta de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior: acesso à justiça, universalidade da jurisdição, primazia da tutela coletiva adequada, participação, contraditório, ativismo judicial, economia processual, instrumentalidade substancial das formas, interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, ampla divulgação da demanda e informação aos órgãos competentes, extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*, transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, indisponibilidade temperada da demanda coletiva, obrigatoriedade da demanda coletiva executiva, subsidiariedade ou aplicação residual do CPC, atipicidade da ação coletiva, adequada representação e do controle judicial da legitimação. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 110-128.

[489] Gregório Assagra de Almeida revela os princípios do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito coletivo, da máxima prioridade jurisdicional na tutela coletiva, da disponibilidade motivada da ação coletiva, da presunção da legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito, da não taxatividade, do máximo benefício da tutela coletiva comum, da máxima efetividade do processo coletivo, da máxima amplitude da tutela coletiva comum e o da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 570-578.

[490] Elton Venturi aponta os seguintes princípios: inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva (consentâneo do art. 5º, XXXV, da CF) tutela coletiva diferenciada; devido processo social (releitura do princípio do devido processo legal sob o prisma da realização social, e que encontra também lastro na legislação civil, Decreto-Lei n. 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil – LICC); absoluta instrumentalidade da tutela coletiva; e interpretação pragmática. Cf.: VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

[491] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572.

democrático de direito, deixando de enfrentar o mérito da demanda coletiva. Didier Jr. e Zaneti Jr[492] afirmam a primordialidade deste mesmo princípio, acrescendo ainda outra noção correlata: a instrumentalidade substancial das formas.

Com essa diretriz principiológica procura-se o aproveitamento máximo do processo coletivo, pois os interesses em questão são de tamanha relevância que cumpre antes flexibilizar os requisitos de processuais e procedimentais, do que extinguir o processo sem enfrentar o mérito. O objetivo colimado é resolver o conflito coletivo para, assim, efetivar o comando jurídico postulado.

2.3.2.2 Princípio da máxima prioridade jurisdicional coletiva

Referido princípio[493] resulta da supremacia do interesse social sobre o individual e decorre do artigo 5º, §1 da CF/88, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A prioridade advém da natureza dos bens envolvidos nas demandas coletivas. Por remeter a uma gama indeterminada ou indeterminável de sujeitos, urge resolver o mérito do modo mais célere possível, inclusive com a tramitação preferencial dos feitos. Ora, se é através do processo coletivo que se minimiza ou então se elimina a pulverização de litígios individuais, é necessário dotar o procedimento de celeridade tal que a faça viável em relação a via individual. A prioridade de tramitação é uma das facetas mais importantes da principiologia coletiva, mormente quando consideramos a atual crise que o Judiciário atravessa e que se origina do grande número de feitos em trâmite e da insuficiência de recursos materiais e de pessoal para o processamento dos mesmos.

Didier e Zaneti[494] falam em universalidade da jurisdição e primazia da tutela coletiva adequada. Notamos que os autores acrescem um elemento inovador à noção de prioridade, não restrita ao aspecto preferencial da tramitação do feito. Na verdade, postulam por uma primazia em sentido amplo, que envolve a tutela jurisdicional prestada e, ainda, primam para que a mesma seja adequada. Para eles, a finalidade contida no princípio da primazia só pode ser atingida a contento se partirmos da ótica dos "consumidores da justiça", já que a tutela coletiva:

---

[492] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4.

[493] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573.

[494] DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, Ibid., p. 114.

> por melhorar o acesso efetivo ao Poder Judiciário para aqueles que por alguma deficiência de informação ou econômica antes ficariam alijados da tutela jurisdicional ou por ser mais concreta na efetivação dos direitos e deveres fundamentais coletivos, muitas vezes direitos novos, deve ser ela implementada, sempre que adequada á solução do problema.[495]

A primazia envolve uma feição mais abragente, de prevalência ou preferência não só na tramitação, mas também de opção quanto a eleição da via coletiva em detrimento da individual, sob o argumento de que a fragmentação de litígios vai contra a sistemática do próprio Estado brasileiro, afinal, porque permitir a pulverização de conflitos se de um modo mais uniforme, seguro, homogêneo e econômico poder-se-ia obter a resolução da conflituosidade?

2.3.2.3 Princípio da disponibilidade motivada

Através desse princípio, impõe-se aos co-legitimados ativos da ação coletiva o dever de controlar a desistência infundada e até mesmo o abandono da ação por seu autor. Isso quer dizer que todo e qualquer legitimado, especialmente o MP por incumbência constitucional, deve primar pela continuidade da demanda coletiva. Em havendo desistência infundada, qualquer outro legitimado ativo deverá integrar a demanda como se autor fosse, assumindo, pois, a titularidade da ação.

Segundo Almeida[496], "Esse princípio, além de ter fundamento em texto expresso de lei, justifica-se tendo em vista o interesse social sempre presente nas ações coletivas, mesmo as que visa tutelar direitos individuais homogêneos". Continua o autor afirmando que em sede de ação coletiva especial (ações de controle concentrado de constitucionalidade) vigora o princípio da indesistibilidade da ação (artigos 5 e 16 da Lei n.9868/99), mais rigoroso, portanto. É que "Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi* característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela idéia de indisponibilidade do interesse público"[497].

---

[495] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 114.

[496] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574.

[497] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 124.

2.3.2.4 Princípio da presunção de legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito

Referida presunção decorre de expressa previsão constitucional. O artigo 127, caput da CF/88 assevera ser o MP 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. Trata-se de legitimação institucional[498], através da qual se permite a atuação do órgão ministerial sempre que um direito ou interesse social estiver envolvido. Interpretando referido dispositivo com o artigo 126, inciso III da CF/88, que estabelece legitimidade do MP para defender, via ACP, todo e qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo, podemos inferir que a legitimidade do MP é então presumida, ou seja, basta que um interesse seja coletivo (lato sensu) para que a atuação do MP seja legítima.

O amparo dessa norma alcança amplamente todas as situações de interesse da coletividade. Nesses casos, presume-se legítima, e, portanto, válida, necessária e coerente, a atuação do MP. Referida presunção, antes do que vantagem processual, permite que magistrado e processo sirvam antes à solução da lide e concretização do direito envolvido. Com isso, prima-se pela afirmação do direito, translocando o objeto de análise do procedimento para o efetivo objeto da ação.

A legislação infraconstitucional também traz em seu bojo dispositivos análogos, como, por exemplo, a LC n.132, de 7 de outubro de 2009, em seu artigo 4º, inciso VII.

Esse princípio contribui e é pressuposto de realização do princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito coletivo, já que evidencia o real interesse do Estado democrático de direito brasileiro: conhecer a ação coletiva e, no mérito, dizer o direito, independentemente do órgão ou pessoa que leve á juízo a demanda coletiva.

2.3.2.5 Princípio da não taxatividade

Depreende-se tal princípio da análise lógica dos artigos 1º da LACP e 83 do CDC, os quais estabelecem que para a defesa dos direitos e/ou interesses difusos e/ou coletivos são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

---

[498] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574.

É então incabível toda e qualquer tentativa de limitar o cabimento das ações coletivas, seja pela restrição de seu objeto ou dos pedidos ou formas de tutela jurisdicional acionáveis. Com isso, conferiu-se à tutela coletiva o respaldo necessário para alcançar toda a sua potência originária em amparar adequada e efetivamente qualquer pretensão coletiva, seja ela existente no presente ou futura. Dotou-se, assim, as ações coletivas de potência dinâmica, de adaptação aos casos que forem surgindo e aos processos e ações que forem sendo concebidos pelo ordenamento e prática jurídica.

2.3.2.6 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva

O princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva corrobora o verdadeiro espírito do direito processual coletivo, como bem observa Almeida[499]:

> Por meio da tutela jurisdicional coletiva busca-se resolver em um só processo um grande conflito social ou vários conflitos individuais, unidos pelo vínculo da homogeneidade. Evita-se, assim, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações sociais conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade.

Continua o jurista evidenciando a existência de um superdireito processual coletivo, inserido no artigo 103 do CDC. O §3 deste dispositivo estabelece que os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, em sua combinação com o artigo 13 da LACP, estabelece a extensão *in utilibus* da imutabilidade do comando emergente do conteúdo da decisão de procedência do pedido da ação coletiva. Nesse sentido, infere-se que o resultado e até mesmo a tramitação de uma ação coletiva deve ser aproveitada o máximo possível, sempre em favor da realização do direito e/ou interesse envolvido, visando efetivá-lo, conforme será discutido na subseção seguinte.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.[500] inserem o máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva na extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* e do transporte *in utilibus*. Segundo os juristas, os processos coletivos não prejudicarão os titulares de direitos individuais, somente os beneficiarão. Dessa maneira, permite-se que o indivíduo possa, querendo, utilizar a sentença coletiva no seu processo individual.

---

[499] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

[500] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 123-124.

Este princípio decorre da maior amplitude da cognição na demanda coletiva, já que se pressupõe que neste âmbito haverá, além de forte ativismo judicial em matéria probatória, uma defesa mais intensa por parte dos legitimados passivos, e um maior empenho do legitimado ativo atuando como substituto processual.

2.3.2.7 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

Ficou exposto até aqui o interesse em se realizar, na maior medida possível, os interesses coletivos. O intuito dessa ciência processual consiste em efetivar, em termos reais, concretos, materiais, tanto o processo como o direito em questão. O processo coletivo deve se revestir de instrumentos tais que o permita efetivar o direito, para tanto, é crucial a realização de tantos atos e quanto baste para alcançar o direito que, muitas vezes, é fundamental.

> O interesse social, sempre presente nas ações coletivas, impõe essa efetividade do processo coletivo. Esse princípio está implícito no art. 5º, XXXV da CF, que garante o acesso à justiça; no mesmo art.5º, §1º, ao determinar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; e no art.83 do CDC, em sua combinação com o art.21 da LACP. Com base nesse princípio, o aplicador do direito deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários e eficazes – decorrentes do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva –, para que o processo coletivo seja realmente efetivo[501]

É com lastro na efetivação máxima do processo coletivo que justificamos o ativismo judicial. Através dele, o Judiciário alcança poderes instrutórios amplos, a ponto de buscar a verdade processual independentemente da iniciativa das partes. É claro que referido poder não é ilimitado, antes, encontra margem no próprio texto constitucional (CF/88, art.5º, LV e art.93, IX, CF). Essa ampliação dos poderes do juiz, que lhe confere papel de protagonista no processo, não são ignoradas por Ada Pellegrini Grinover[502]ao sustentar que nas demandas coletivas

> (…) o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado "juiz neutro" - expressão com que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instâncias sociais –, motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso.

---

[501] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

[502] GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo.** p. 81-2.

Os "poderes" do juiz não se resumem a busca da verdade real. Para garantir o bom andamento do feito e sua real efetivação, o juiz conta ainda com instrumentos de antecipação da tutela (art.84, §3º da Lei n.8.078/90), concessão de liminar com ou sem justificação prévia (art.12 da Lei n.7.347/85), e também o uso de medidas de apoio para assegurar o resultado prático equivalente (art.84, §5º da Lei n.8.78/90).

2.3.2.8 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva

Para a defesa e promoção dos direitos e interesses coletivos deve-se utilizar todos os instrumentos processuais necessários e eficazes. Admite-se todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo.

Lastreada no art.83 do CDC combinado com art.21 da LACP, foi concebido o princípio da máxima amplitude da tutela coletiva, querendo com isso consolidar a possibilidade de se utilizar, para a realização do processo e do direito coletivo, toda e qualquer sorte de ação. Assim caberá ação de conhecimento – com todos os tipos de provimento, quais sejam: o declaratório, o constitutivo, o condenatório ou o mandamental –, ação de execução – em todas as suas espécies-, ação cautelar e respectivas medidas de efetividade pertinentes.

2.3.2.9 Princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação

A doutrina aponta-o como princípio, mas algumas considerações devem ser feitas, pois entendemos que a proporcionalidade é uma norma específica que auxilia na aplicação de outras normas e tem como característica não entrar em contradição com estas. Referidas normas são denominadas normas de segundo grau, máximas ou postulados normativos.

Revelaremos, nesta oportunidade, a adoção de uma concepção trifásica do Direito, entendendo-o como sistema que se desenvolve em três fases logicamente sucessivas e possui um momento declaratório e dois momentos constitutivos. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade seria um postulado de aplicação do direito, conforme doravante exporemos.

Na primeira fase ocorre a declaração de regras de conduta ou de organização desprovidas, inicialmente, de operatividade. No Estado brasileiro, essa etapa realiza-se pela função normativa estatal, em seus diversos poderes-função. A fase seguinte possui natureza interpretativa e integrativa, momento em que podemos observar a conversão de regras jurídicas em normas (interpretação) e sua produção (integração). Esta etapa, ao contrário da anterior, é realizada por qualquer pessoa e envolve três fatores indispensáveis, quais sejam, os fatores positivados no ordenamento posto, os sociais e os axiológicos. Na fase derradeira, ocorre a aplicação do direito, oportunidade em que as normas jurídicas se interagem na elaboração da chamada norma de decisão. Esse trabalho é atribuído exclusivamente àqueles dotados de jurisdição. É justamente nesta terceira fase, de aplicação, que se encontram as normas de decisão, momento em que nota-se a constituição de uma norma definitiva que compõe o litígio apresentado ao poder jurisdicional. Essa etapa é eventual, já que depende da ocorrência de interpretações contraditórias por parte dos particulares, que dão ensejo a uma pretensão resistida.

O jurista continua afirmando que no trabalho de aplicação o juiz deve utilizar duas diretrizes indispensáveis: a proporcionalidade e a razoabilidade. O primeiro se subdivide em três postulados, quais sejam, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Referidos ditames impõe ao aplicador o dever de escolha normativa, que pressupõe a análise de compatibilidade com os fatos provados e, assim, fundamentação de uma decisão justa, equitativa, imparcial perante o caso litigioso que lhe fora posto a apreciação.

2.3.2.10 Princípio da participação pelo processo

A problemática suscitada envolve a amplitude participativa do debate judicial, se é ínsito á todo e qualquer processo ou se adquire contornos específicos nas ações coletivas.

Para Ada Pellegrini Grinover[503] este princípio guarda pertinência com o objetivo politico das ações e do processo, mas que "enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (participação no processo), no processo coletivo a participação se faz também pelo processo". Nesse sentido, cresce o dever de participação do juiz, que o faz, também, através do diálogo. É comum confundir as noções de neutralidade e imparcialidade magistral, fato este que acarretou uma visão errônea ou no mínimo deturpada da

[503] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 115.

real função da figura do juiz no processo. O juiz, como julgador, não pode ser um mero expectador, inerte e apático diante dos conflitos que lhes são postos a apreciação.

2.3.2.11 Princípio do ativismo judicial

Cândido Rangel Dinamarco afirma em uma de suas obras[504] dedicadas ao estudo das instituições de Direito Processual Civil que o "juiz mudo tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça". Utilizado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, o termo "ativismo judicial" denotou a postura do juiz que se incumbe do dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.

Luiz Flávio Gomes[505], analisou o ativismo judicial sob o prisma do STF:

> Vamos aos conceitos: judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o "ativismo judicial" (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição).

E continua:

> Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado. O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.
> É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

---

[504] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. 1. p. 224-5.

[505] GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes? **Jusnavigandi** (on-line), São Paulo, mai. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 02. nov. 2009.

O incremento da aplicação do ativismo judicial ganha contornos bem específicos em termos de tutela coletiva. Contornos esses essenciais, diga-se de passagem, uma vez que com ele entra em cena uma maior participação do juiz nos processos coletivos, resultante da presença de forte interesse público primário nessas causas. Analisado por outro ângulo, Didier afirma tratar-se de uma faceta saudável do princípio inquisitivo ou impulso oficial, que não se confunde com a instauração de processos ex officio pelo juiz. Nesse sentido[506]:

> não há oposição, contraste ou conflito entre a *disponibilidade da tutela jurisdicional,* que repudia a instauração de processos de oficio pelo juiz; e o *princípio inquisitivo*, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado.

Atualmente, as discussões doutrinárias enfocam o ativismo de um modo peculiar, trata-se da cogitação do ativismo institucional. Ora, se o Poder Judiciário tem o poder e a responsabilidade da jurisdição, nas ações coletivas os entes legitimados têm o poder e a responsabilidade da legitimação ativa, em defesa, a mais ampla e adequada possível, do direito ou interesse afetado. Notamos, assim, que os legitimados ativos possuem não mera faculdade, mas inclusive a responsabilidade de solucionar lides coletivas, pois a efetividade desta sorte de direitos depende de sua efetiva participação.

2.3.2.12 Princípio da ampla divulgação da demanda e da devida informação

Segundo Didier e Zaneti[507], por este princípio revela-se uma importante faceta da tutela coletiva: sua característica democrática. O postulado da divulgação ampla possui lastro no fair notice do direito norte-americano, e realiza não só o direito dos cidadãos de serem informados de situações que lhe digam respeito, mas também permite que os interessados individuais, e também os demais entes legitimados, optem pela ação coletiva em detrimento da via processual individual.

Quanto ao princípio da informação aos órgãos competentes, encontramos nos artigos 6 e 7 da LACP sua base legal, que impõe como dever funcional informar ao órgão curador da sociedade, o MP, sobre fatos que constituam objeto de ACP.

---

[506] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. Salvador: Podvim, 2007. v. 4. p. 118. (grifo do autor).
[507] Ibid., p. 122-123.

> Estes dispositivos traduzem um dever cívico, não sendo novidade no sistema, pois já se apresentavam quanto à tutela penal (art.15 da Lei de Ação Popular; art.40 do Código de Processo Civil). A novidade está em serem objeto de tutela civil, conseqüência clara da forte presença do interesse público primário nas demandas coletivas.

2.3.3 A principiologia processual coletiva como fundamento da cidadania no Brasil

Essa principiologia processual coletiva, uma vez revelada, permite-nos indagar sua funcionalidade na efetivação extensiva e expansiva dos direitos fundamentais. Estes, por apresentarem na dignidade humana e na cidadania o centro de emanação axiológica por excelência, demandam especial atenção do estudioso e aplicador do direito.

Entendemos que dentre as inúmeras formas de resolução de conflitos existentes uma chama-nos a atenção pela particularidade de seu objeto, a saber, a ação coletiva.

Referidas demandas consistem em um meio judicial de resolução de conflitos, mas possuem a especificidade de veicular pretensões de sujeitos indeterminados ou indetermináveis. Se tutelam direitos difusos, coletivos strictu sensu ou individuais homogêneos, este não é o objeto de nossa análise. O enfoque que por ora detemo-nos a adotar busca responder o seguinte questionamento: em que medida a judicialização de direitos ou interesses coletivos contribui para a sua realização? Pretendemos, na verdade, mais: em que medida a erição de uma ciência processual específica, erigida em seus institutos e principiologia à luz das particularidades de seu objeto – direitos ou interesses coletivos – contribui para a realização da cidadania?

Muitas vezes os direitos fundamentais, e dentre eles a cidadania como fundamento do Estado democrático de direito, são negligenciados. Se estão declarados, porque não efetivá-los?

O conteúdo da idéia de cidadania é um tanto quanto polêmico, para não afirmá-lo obscuro. Se confunde com a noção de eleitor? Se aproxima da idéia de pessoa humana? Vários são os entendimentos passíveis de serem adotados, no entanto, entendemos que existe ao menos um cerne fixo a permear o ideário da cidadania: o conceito de dignidade.

No Brasil, ao contrário do ocorrido nos países de tradição da *common law*, a introdução da tutela coletiva deu-se de forma abrupta, via legislativa, já que o regramento legal não aflorou naturalmente das necessidades reais, mas sim da elaboração e imposição do poder estatal constituído, como se a prática devesse se amoldar perfeitamente à teoria.

Sem pretender esvair a evolução histórica da tutela e do processo coletivos no Brasil, distinguiremos três momentos de sua difusão.

O primeiro período, compreendido entre 1985 e 1990, caracteriza-se pelo compartilhamento de um sentimento de euforia oriundo da implementação de um sistema de proteção dos direitos coletivos. Embora a primeira lei que versou sobre interesse coletivo remonte a 1965 (LAP), foi com a promulgação da LACP e do CDC que o processo coletivo ganhou relevo no cenário nacional.

Em um segundo momento, e já contando com a edição de leis complementares à LACP e ao CDC, atravessamos um período de restrição do uso e abrangência das ações coletivas, em que o poder público revelou uma inclinação em restringir sua potência originária como meio de contenção da realização das aspirações sociais. Nesse sentido, confluíram não só os entendimentos dos tribunais superiores (notadamente viciados por uma ideologia política avessa à conformação do Estado democrático de direito), mas também a postura do Executivo (ao inconstitucionalmente legislar via medida provisória e ao negar o gozo de direitos fundamentais pela não implementação de políticas públicas) e do Legislativo (ao se abster na edição de leis atentas aos direitos coletivos).

O terceiro momento, que representa o momento atual, caracteriza-se pela tentativa de oxigenação da tutela coletiva, através do questionamento da instrumentalidade do processo, da promoção da justiça social, da efetivação dos direitos coletivos e do descompasso existente entre a teoria e a prática processual, redimensionando as aspirações originárias da coletivização do processo como meio renovatório de acesso à justiça.

A preocupação hodierna revela uma tendência pós-moderna, em que a atuação estatal se volta mais à realização do que à declaração dos direitos coletivos. A partir de uma superação do individualismo liberal, as tutelas coletivas eivaram-se de aspirações típicas do humanismo solidário do Estado do bem-estar social, e passaram a instrumentalizar a afirmação do Estado democrático de direito através da asseguração do exercício pleno da cidadania e do resgate da dignidade humana.

Entendemos que bens vitais ao homem são passíveis de serem viabilizados via tutela jurisdicional coletiva. Sendo assim, plenamente plausível erigir uma ciência e ramo processual autônomo, voltado ás especificidades do objeto a ser tutelado. Nesse sentido, torna-se imprescindível fomentar a principiologia vigente nesse questionado ramo e processo, pois é através deles que se delimitará o real alcance e sentido de suas normas.

CAPÍTULO 3 TUTELA COLETIVA E A CONFORMAÇÃO CONFORMISTA

El sistema/1

Los funcionarios no funcionan.
Los políticos hablan pero no dicen.
Los votantes votan pero no eligen.
Los medios de información desinforman.
Los centros de enseñanza enseñan a ignorar.
Los jueces condenan a las víctimas.
Los militares están en guerra contra sus compatriotas.
Los policías no combaten los crímenes, porque están ocupados en cometerlos.
Las bancarrotas se socializan, las ganancias se privatizan.
Es más libre el dinero que la gente.
La gente está al servicio de las cosas

GALEANO, Eduardo. **El libro de los abrazos.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p.117.

As palavras em epígrafe, de Eduardo Galeano, externam uma linha de pensamento análoga à desenvolvida nesse terceiro capítulo. É com extrema lucidez e espírito crítico acurado, que o jornalista e poeta uruguaio revela o indizível: as coisas não são o que aparentam ser. Há uma dissociação profunda entre o que se diz e o que se faz no seio das sociedades modernas, inclusive, às vezes as instituições e funções atendem, antes, a uma ordem de interesses que é diametralmente oposta àqueles declarados quando de suas respectivas criações e atribuições. Há policiais criminosos; há juízes cometendo injustiças; há militares aniquilando civis. Aos poucos, percebemos o incremento de uma massa amorfa de seres humanos que não consegue "ser" "humana", posto que a realidade, deveras brutal, desumaniza sua essência aos poucos: pela fome, pelo abandono, pelas guerras e em nome de uma suposta "paz", "ordem" e "lei". Os lucros e as riquezas estão cada vez mais concentrados nas mãos de uns poucos sujeitos e conglomerados econômicos privados. Quanto às perdas, às mazelas sociais, estas são socializadas a passos largos, a cada novo plano econômico-financeiro, a cada governo. É com a lucidez de Galeano que experimentamos a plenitude do sentimento de absurdidade e nos prostramos diante da realidade brasileira perguntando: a tutela coletiva tutela os direitos coletivos?

Quando nos propusemos o desafio de pesquisar a tutela coletiva como um pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro, traçamos um horizonte no qual avistamos a possibilidade da instrumentalização da efetivação dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como anunciado pela CF/88. Vislumbramos uma perspectiva

na qual a tutela e o direito podem contribuir para a construção da democracia. Mas referido horizonte, se utópico, não nos cega a ponto de aviltarmos a realidade. Os fatos falam por si, a despeito da persistência de vozes indecorosas que tolhem sua força sob o manto de uma pretensa legalidade. É chegado o momento de assumir o absurdo como postura e então se rebelar contra o sistema. É chegado o momento de negar a própria ocultação do absurdo, verificando se a tutela coletiva está ou não protegendo e efetivando os direitos coletivos. Para tanto, assumimos a premissa galeana como hipótese provisória, ou seja: a tutela coletiva não tutela direitos coletivos. Lançamo-nos, portanto, à investigação do contrário da tese dissertada: a tutela coletiva como pressuposto para a conformação enquanto conformismo de um Estado meramente declarado como Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, analisamos o Estado democrático de direito, destacando as repercussões sentidas pela adoção do preceito democrático enquanto elemento estruturante do ordenamento jurídico brasileiro. Naquele momento, criticamos a habitual redução do fenômeno jurídico ao âmbito normativo-estatal, acusando que a positivação acrítica endossa uma ontologia do direito (estático) estatizado. Problematizamos, também, o acesso à justiça como direito humano fundamental, pressagiando que sua efetivação depende da previsão e manejo de mecanismos adequados de acesso à justiça coletiva, porquanto os conflitos coletivos constituem fenômenos multifacetários. Encerramos o capítulo pontuando os instrumentos de acesso a justiça coletiva na CF/88, tendo em vista que sua promulgação coincide com um dos nossos recortes temáticos.

No segundo capítulo, indicamos os instrumentos de judicialização de direitos coletivos, traçando um panorama de sua tutela no Brasil. Contextualizamos o microssistema autônomo de regulação normativa brasileira, pontuando as diversas espécies de tutelas e procedimentos coletivos existentes, bem como, as principais figuras de acionamento judicial. A visão panorâmica dos mecanismos vigentes possibilitou a identificação de alguns dos pontos nevrálgicos enfrentados pela ciência processual hodierna, no sentido da sistematização do processo coletivo. O maior exemplo desses pontos de estrangulamento é a deficiência revelada pela categorização dos direitos coletivos em espécies difusa, coletiva em sentido estrito e individual homogênea. Dessa investigação normativa sumária extraímos uma principiologia processual coletiva, em estudo que perquiriu a função dos princípios no direito e, inclusive, a influência dos paradigmas filosófico, científico e político hegemônicos.

Os estudos preliminares, cujo lastro teórico premente encontrou na teoria geral do estado, no direito constitucional e na dogmática processual o referencial necessário, reverberam a urgência de nossa proposta de ressignificação da tutela coletiva pelo redimensionamento da tutela (coletiva) segundo uma concepção (dinâmica) de direito enquanto liberdade ou emancipação.

No bojo deste terceiro capítulo, enfrentamos alguns dos desafios centrais para a efetividade da tutela coletiva brasileira, adotando como técnica de pesquisa o método-caso. Trabalhamos com a hipótese provisória de que referida tutela têm sido utilizada como pressuposto para a conformação, enquanto conformismo, da realidade à determinada gama de interesses políticos e econômicos predominantes, que por ora não estão ainda identificados, mas que, aparentemente, não coincidem com o ideal democrático preconizado pela CF/88, bem como, com a principiologia processual coletiva presumida do direito posto brasileiro. Constatamos, através da análise do julgamento de duas ações coletivas destinadas ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade de leis (ADIn n.2 e ADPF n.153), a dissociação entre teoria e prática na tutela coletiva brasileira, cujo manejo judicial (notadamente, pelo STF) não corresponde aos escopos do processo e da jurisdição coletiva, e tão pouco às aspirações desse tipo de tutela.

Entendemos que, para propugnar por um projeto de tutela que vislumbre uma prática jurídica libertária, é preciso encarar as mazelas de seu uso conformador-conformista, pois ignorar a possibilidade de sua instrumentalização para a manutenção de um projeto político-econômico de dominação e de opressão é o mesmo que assumir sua sedimentação como um dado posto e inevitável. Não é fechando os olhos e ignorando a realidade que conseguimos superar toda a tragédia iminente. A realidade, quando meramente ocultada, não deixa de existir. A despeito de nossa cegueira, voluntária ou involuntária, pré-existente ou superveniente, os fatos persistem: são reais. Se nós pretendemos a efetivação da tutela coletiva como um ideal, como uma motivação utópica que nos faça caminhar[508], primeiro, devemos investigá-la em seu uso tradicional, pois somente pela realidade é que conseguiremos nos insurgir adequadamente contra a manutenção das coisas tais como elas "estão sendo" e propor um uso alternativo do direito.

Explicitemos, pois, as razões da nossa escolha pelo método e ações analisadas.

3.1 Aspectos introdutórios sobre o método e a técnica de pesquisa empregada

A primeira atitude teórico-filosófica que assumimos frente à metodologia empregada remete à explicitação do enfoque pretendido, qual seja: a efetividade do processo (enquanto

[508] Eduardo Galeano, citando cineasta e roteirista argentino Fernando Birri (Santa Fe, Argentina, March 13, 1925) na passagem "*Ventana sobre la utopia*", afirma: "*Ella está en el horizonte - dice Fernando Birri -. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar."* GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes.** 5. ed. Buenos Aires: Catálogos, 2001. p. 230.

satisfação do direito material judicializado). Trata-se de perspectiva inserida no terceiro momento metodológico do direito processual[509] e denota um imperativo de adequação do instrumento aos escopos da tutela (neste estudo, a coletiva)[510].

A segunda postura que assumimos diz respeito à sensação de absurdidade camusiana que experimentamos quando confrontamos nossa existência humana com a prática desumana e violatória de direitos coletivos (supostamente construídos para proteger aqueles interesses que, pertencendo a todos e a ninguém, clamam por uma tutela diferenciada). O descompasso percebido entre a teoria e a prática dos direitos coletivos é análogo àquele denunciado por Eduardo Galeano no tocante aos direitos humanos na América Latina. Segundo Galeano[511], o distanciamento entre a teoria e a prática é tamanho que provoca o desconhecimento entre um e outro, a ponto de, figuradamente, não se cumprimentarem caso se cruzem por uma esquina. É análogo, também, à incapacidade do homem em sentir e reconhecer direitos coletivos em suas práticas rotineiras, tal como alerta David Sánchez Rúbio[512] quando versa sobre a inexistência de uma cultura verdadeira de direitos humanos, já que o sujeito parece estar incapaz de prostrar-se de modo prospectivo diante os direitos humanos (de qualquer ordem ou natureza), o que pode ser indício de que seus sentidos estão anestesiados e, portanto, só consegue perceber uma realidade insossa.

O descompasso percebido é sinal de contradição, um dado esdrúxulo que nos retira de nossa zona de conforto, porquanto repercute em nossa própria condição: humana. Experimentamos, então, um sentimento de alheamento ao mundo e direito que nos é

---

[509] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 159 et seq; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17 et seq.

[510] Cândido Rangel Dinamarco, discorrendo sobre as diversas perspectivas metodológicas no direito processual civil, explica a evolução científica desse ramo do direito a partir da superação das fases sincrética e autonomista: "Com tudo isso, chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e a sua suposta assimilação à ideia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir os resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*". DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 22-23. (grifo do autor).

[511] GALEANO, Eduardo. Apud RUBIO, David Sanchez. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos). p. 11.

[512] RUBIO, David Sanchez. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos).

(im)posto. Nada nos parece familiar. É tudo estranho à nossa forma de conceber o mundo. Refugamos frente ao descompasso, na medida em que adquirimos maior consciência da efemeridade de nossa existência, e nos angustiamos por percebê-la lançada gratuita e furtivamente em um contexto que apregoa a (des)ordem (im)posta a serviço de um progresso[513] etéreo, anunciado como lema[514] de uma nação que assiste, atônita, a derrocada da dignidade de seus cidadãos. Esse mundo de violação de direitos coletivos, que pressupõe uma ordem jurídica e um aparato burocrático manipulável para gerenciá-lo, destrói justamente os interesses que deveria proteger, nos provocando o estranhamento e a incredulidade.

A absurdidade pode ser considerada como ponto final filosófico[515], e endossar a assunção de uma postura letárgica, inerte e inclusive anestésica do homem frente o colapso de seu mundo. "*Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin*"[516]. Mas ainda há juristas no Brasil!

A sensação de mal-estar não se apresenta, para nós, como prelúdio de um destino inexorável, tão pouco representa um dado fatalista face o qual devamos nos resignar. Diante o absurdo, revoltemo-nos! Façamos do absurdo o nosso ponto de partida, tal como propõe Albert Camus[517] em sua obra "O mito de Sísifo", e experimentemos uma existência multicolorida, diversa da opacidade estéril proposta pelo existencialismo niilista. Essa é a nossa primeira atitude

---

[513] Sobre o "progresso", Eduardo Galeano ficciona a metáfora de seu endeusamento para retratar dados reais: "*Al cabo de cinco siglos de negocio de toda la cristiandad, ha sido aniquilada una tercera parte de las selvas americanas, está yerma mucha tierra que fue fértil y más de la mitad de la población come salteado. Los indios, víctimas del más gigantesco despojo de la historia universal, siguen sufriendo la usurpación de los últimos restos de sus tierras, y siguen condenados a la negación de su identidad diferente. Se les sigue prohibiendo vivir a su modo y manera, se les sigue negando el derecho de ser. Al principio, el saqueo y el otrocidio fueran ejecutados en nombre del Dios de los cielos. Ahora se cumplen en nombre del dios del Progreso."* GALEANO, Eduardo. **Ser como ello y otros artículos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2010. p. 23. (grifos do autor).

[514] Remissão ao lema da bandeira nacional brasileira: "Ordem e progresso".

[515] "Com efeito, Camus se dedicou a refletir sobre o *absurdo* da condição humana e teve o mérito de produzir uma obra, diferentemente de alguns de seus contemporâneos, que não leva ao pessimismo niilista, em que a angústia *existencial* fomenta o conformismo e atitudes derrotistas, mas, ao invés, conduz, a partir dessa constatação, à indignação, ao inconformismo, ao perpétuo questionamento do mundo, ao desajuste propiciador de alguma lucidez, enfim, à *revolta* - seja contra a injustiça metafísica da qual todos somos vítimas, seja contra as injustiças históricas -, tendo como horizonte a construção de uma moral fundada na solidariedade." JOSÉ, Caio Jesus Granduque. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo,** Franca, ano 1, v. 1, 2011. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>. Acesso em: 31 jul. 2011. p. 9. (grifo do autor).

[516] Remissão à frase "Sim, se nós não tivéssemos juízes em Berlin" (tradução livre), imortalizada no poema "Le Meunier Sans-Souci", de François Andrieux. Trata-se de frase atribuída ao ficcional moleiro prussiano que, diante a ameaça do rei Frederico II, da Prússia, em desapropriá-lo injustamente de seu moinho, a teria dito ao monarca, invocando a escorreita atuação dos juízes de sua nação. ANDRIEX, François. **Le Meunier Sans-Souci.** Disponível em: <http://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci>. Acesso em: 31 jul. 2011.

[517] Albert Camus afirma a adoção do absurdo como ponto de partida já na introdução de sua obra: "*Pero es inútil advertir, al mismo tiempo, que lo absurdo, tomada hasta ahora como conclusión, es considerado en este ensayo como un punto de partida. En este sentido se puede decir que hay algo provisional en mi comentario: no se podría prejuzgar con respecto a la posición que toma. Aquí sólo se encontrará la descripción, en estado puro, de un mal espiritual. Ninguna metafísica, ninguna creencia intervienen en ello por el momento. Tales son los límites y la única decisión previa de este libro. Algunas experiencias personales me llevan a precisarlo*". CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007. p.13.

filosófica: escolhemos que a vida vale a pena. Ousamos refutar o suicídio[518], optando viver a assunção da responsabilidade de nossos atos, desvelando a realidade e sonhando-lutando para a ampliação de nossos horizontes utópicos e transformação da realidade.

Entendemos que o enfrentamento do absurdo tem início na sua própria constatação, mas nela não se esgota. É contumaz a advertência camusiana no tocante ao suicídio enquanto resposta à absurdidade: o suicídio não resolve o absurdo, apenas deixa-o em suspenso[519]. Nesse sentido, duas são as posturas camusianas que identificamos necessárias diante dos escopos do presente trabalho: primeiro, ser capaz de constatar o absurdo; após, ser capaz de refutar o suicídio filosófico como resposta. O suicídio filosófico[520], de que falamos, é a opção pela morte do direito e da justiça que muitos juristas fazem diante do absurdo. Ao se depararem com o abismo que separa teoria e prática, esses juristas suicidas conformam-se aos ditames da ordem posta e progresso pressuposto, demonstrando total letargia e anestesia quanto ao mundo e tramas sociais que se desenvolvem à sua volta. De fato, se conformam com o final de suas vidas e não lutam por sua transformação porque não a consideram valiosa.

---

[518] Segundo Albert Camus, não há mais do que um problema filosófico verdadeiramente sério: o suicídio. "*No hay más que un problema filosófico verdaderamente serio: el suicidio. Juzgar que la vida vale o no vale la pena de que se la viva es responder a la pregunta fundamental de la filosofía. Las demás, si el mundo tiene tres dimensiones, si el espíritu tiene nueve o doce categorías vienen a continuación. Se trata de juegos: primeramente hay que responder.* […]". CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução de Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007. p. 15.

[519] Nesse mesmo sentido, encontramos posicionamento de Caio Jesus Granduque José, em artigo intitulado "O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus", no qual o sentimento de absurdidade do sujeito é experimentado face a cultura hegemônica de direitos humanos. Cf.: JOSÉ, Caio Jesus Granduque. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo,** Franca, ano 1, v. 1, 2011. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>. Acesso em: 31 jul. 2011.

[520] "Evidentemente, o jusnaturalismo e as variações teóricas integrantes do bloco do juspositivismo, correntes do pensamento jurídico que tradicionalmente servem de fundamento aos direitos humanos e funcionam como verdadeiras ideologias jurídicas propiciadoras do encantamento iludido, prestam-se ao papel de ocultar o *absurdo*, não sendo exagerado dizer que instigam, induzem e auxiliam os juristas a cometerem um *suicídio jusfilosófico*. O *suicídio jusfilosófico* jusnaturalista decorre da fundamentação idealista, abstrata e essencialista dos direitos humanos, tomados como normatividade axiológica universal, eterna e imutável, a ser *descoberta* da natureza humana, desconsiderando-se completamente os conflitos e a lutas sociais que constituem a realidade histórica, motivados, justamente, pela carência desses direitos para coletivos humanos vulneráveis que não têm supridas necessidades fundamentais para uma *existência* digna em espaços/tempos concretos. Assim, por já existirem metafisicamente na natureza humana, não causa perplexidade a inexistência desses direitos na realidade fenomênica das pessoas de carne, osso, unhas, cabelos, sonhos e frustrações. Já o *suicídio jusfilosófico* juspositivista advém da redução dos direitos humanos a direitos fundamentais, cuja existência e validade encontram-se na lei, conforme a doutrina publicística do século XIX e, após um processo de adaptação teórica, nas constituições do século XX, à revelia das dimensões fáticas, axiológicas, culturais, dentre outras, da juridicidade. Dessa forma, através de um corte epistemológico que reduz a atividade do jurista à interpretação/aplicação das normas, expressas em regras e em princípios - conforme a hegemônica, mas não menos positivista, teoria do direito contemporânea -, resta assegurada a despolitização e, por conseguinte, alienação, necessárias à crença ingênua no mundo das normas ainda que em completo divórcio com o que se passa no mundo histórico-existencial. Essas ideologias jurídicas, ao dissimularem o *absurdo* e integrarem o *espetáculo*, imunizando os juristas e as pessoas em geral de qualquer náusea, mal-estar ou angústia propiciadora de alguma lucidez, garantem lhes uma *paz envenenada [...]"*.GRANDUQUE JOSÉ, Caio Jesus. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo**. Ano 1, v. 1, Franca, 2011. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>. Acesso em: 31 jul. 2011. p. 23. (grifos do autor).

Para refutar o suicídio, iremos: constatar o absurdo a partir da análise de ações coletivas reais, desiderato este possível de ser alcançado através do método-caso; e desconstruir o paradigma jurídico-processual que persiste em plainar, hegemônico, sobre a tutela coletiva, descaracterizando-a.

3.1.1 Método de estudo de caso: notas sobre a escolha da técnica de pesquisa[521]

Dentre as diversas técnicas existentes, notamos a proeminência da revisão bibliográfica na pesquisa jurídica[522], com ênfase no estudo de leis e doutrinas como fontes primárias[523]. Contudo, o recurso às fontes bibliográficas não esgota todas as possibilidades possíveis, tão pouco consiste na técnica mais adequada ou escorreita. O objetivo da pesquisa influi sobre a técnica adotada, portanto cada análise comporta uma forma de abordagem. Foi pensando nessa complexa relação que se estabelece entre o objeto de estudo, os objetivos propostos e a vasta gama de recursos disponíveis que buscamos alternativas diferenciadas, que pudessem permitir olhares diversificados sobre o fenômeno proposto, sem descurar da coerência com o enfoque ou postura metodológica anunciada (instrumentalidade do processo e constatação da absurdidade da tutela coletiva brasileira).

---

[521] O termo "técnica" é utilizado como sinônimo de procedimento, designando, na expressão "técnica de pesquisa", uma determinada forma ou procedimento de investigação científica adotado. Essa explicação se justifica para elidir confusões com outro uso habitual do termo "técnica", tal como adotado por Agostinho Ramalho Marques Neto: "Julgamos preferível estabelecer distinção entre ciência e técnica, com base na distinção - e não separação entre teoria e prática. Tomemos o termo ciência em seu sentido estrito: ele se refere ao conjunto de procedimentos teóricos e metodológicos que visam à criação do saber, ou seja, à produção de teorias científicas, as quais, como já assinalamos amiúde, resultam de um trabalho de construção e retificação de conceitos. Já o termo técnica é usado para indicar as aplicações práticas, concretas, dessas teorias, isto é, a ciência realizada." MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44.

[522] Welber Barral, coordenador de monografia da Universidade Federal de Santa Catarina, manifesta-se nesse exato sentido, ao afirmar que "[...] a pesquisa jurídica fundamentalmente se efetiva por meio de fontes bibliográficas". BARRAL, Walter. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 105.

[523] "Em metodologia, é comum a diferenciação entre fontes primárias e fontes secundárias. Fonte primária é o objeto em análise. [...] Fontes secundárias, por sua vez, serão os comentários ou análises sobre a fonte primária. É a literatura sobre o tema, os estudos publicados, palestras e conferências nas quais o autor colheu opiniões sobre o objeto de sua pesquisa. A primeira conseqüência dessa divisão conceitual é que não é admissível, numa pesquisa séria, o embasamento argumentativo sobre fontes secundárias. Em outras palavras, o autor da pesquisa deve examinar, inicial e prioritariamente, a fonte primária. A partir dessa análise, é que o pesquisador deve contrastar o conhecimento obtido com as fontes secundárias". BARRAL, Walter. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 105-106.

Nos dois primeiros capítulos da presente pesquisa, a revisão bibliográfica e a dogmática jurídica sobressaltaram como técnicas de análise. Neste momento[524], entendemos que o propósito pretendido (desvelar a realidade) impõe uma pesquisa lastreada em dados empíricos, os quais podem ser obtidos e analisados de diferentes maneiras. Dentre as técnicas dispostas, encontramos duas que se mostram pertinentes, porquanto complementares: o método de estudo de caso e a análise de dados estatísticos.

O método de estudo de caso tem sido inserido na seara jurídica brasileira de modo ainda tímido, tanto que algumas das mais difundidas obras de metodologia da pesquisa jurídica não o arrola dentre as técnicas existentes[525]. Paulo Klautau Filho[526], em estudo sobre o caso "*Marbury* vs. *Madison*", da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, aplica o método de estudo de caso para analisar a primeira decisão sobre controle de constitucionalidade dos EUA, e explica a inserção de referida técnica como via alternativa para a construção de método de aprendizagem no Direito. Segundo ele, essa forma de pesquisa, também conhecida como "método caso", é predominante nas *law schools* norte-americanas[527], e consiste em proceder à leitura de casos concretos já julgados. "Trata-se do encontro do estudante com o Direito vivo, com a interpretação e a construção jurisprudencial nua e crua"[528]. Esse encontro propiciado seria de fundamental importância, por revelar que o Direito não se esgota em si próprio como fonte e objeto de conhecimento. "Trata-se de uma

---

[524] Entendemos que o projeto de pesquisa se desenvolveu em diferentes momentos e contextos, impondo uma contínua reconsideração dos métodos utilizados para conseguir captar as diferentes matizes emergidas a cada nova problematização realizada. É forçoso reconhecer, inclusive, as próprias limitações da pesquisadora, seja em nível subjetivo ou conjuntural, as quais certamente influíram sobre os recursos utilizados. Ressaltamos, a despeito da superficialidade ou inadequação metodológica incorrida, que o sentimento que inspirou as diferentes escolhas realizadas foi comportar uma análise aberta e ampla do objeto de estudo.

[525] São exemplos de obras silentes sobre o método de estudo de caso: BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22 ed. rev. e ampl. Perdizes: Cortez, 2002.

[526] KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n.2, jul./dez. 2003. p. 255-275. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26690/1/primeira_decisao_sobre_controle.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2011. p. 256.

[527] Ibid., p. 256-257. "Aos possíveis opositores da viabilidade do 'método caso' no Brasil – país de direito ligado ao ramo romano-germânico (civil Law), cuja fonte principal é a lei positivada, em contraposição (diz-nos mais uma vez o esquematismo dos manuais) ao ramo anglo-saxão (common Law), baseado sobretudo nos costumes (aos quais se incorporam os precedentes judiciais) – vale lembrar que é no caso concreto que se produz a norma. Antes disso, o texto legal é mero escrito que tal como uma partitura precisa do intérprete-musicista para se tornar música. É esse processo de transformação do texto em norma, em Direito, por meio das múltiplas possibilidades de interpretação-aplicação, que o estudo de casos pretende desvelar e desmistificar".

[528] Ibid., p. 256.

necessidade real imposta pelo conhecimento que não aceita os compartimentos formais, sectários e segmentários criados pelo burocratismo dos manuais acadêmicos"[529].

Em suma, o método de estudo de caso pode ser descrito como sendo uma técnica na qual um determinado caso real é analisado sob diferentes perspectivas, nas quais são pesquisados: o fato em si e o seu contexto, além das inferências possíveis, dependendo dos objetivos pretendidos com o estudo.

Ana Maria Roux Valentini Coelho Cesar[530], discorrendo sobre o método do estudo de caso (ou *case studies*), alerta-nos sobre os principais desafios enfrentados pela sua adoção:

> Os preconceitos existentes em relação ao Método do Estudo de Caso são externalizados em afirmativas como: os dados podem ser facilmente distorcidos ao bel prazer do pesquisador, para ilustrar questões de maneira mais efetiva; os estudos de caso não fornecem base para generalizações científicas; a afirmação de que estudos de caso demoram muito e acabam gerando inclusão de documentos e relatórios que não permitem objetividade para análise dos dados.

A despeito do pertinente alerta, a própria pesquisadora conclui que tais obstáculos são igualmente enfrentados por outras técnicas de pesquisa, motivo pelo qual seria insuficiente refutá-lo enquanto método. A bem da verdade, o método de estudo de caso constitui técnica benfazeja no direito, porquanto instrumentaliza pesquisas com abordagens qualitativas[531]. Mas para seu escorreito manejo, cumpre considerar três importantes reflexões ao adotá-lo: a natureza da experiência, enquanto fenômeno a ser investigado, o conhecimento que se pretende alcançar e a possibilidade de generalização de estudos a partir do método[532]. No método de estudo de caso dá-se ênfase ao aspecto compreensão (natureza da experiência) do fenômeno estudado, pressupondo uma forte ligação de intencionalidade entre os objetivos da pesquisa (conhecimento que se pretende

---

[529] KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n.2, jul./dez. 2003. p. 255-275. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26690/1/primeira_decisao_sobre_controle.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2011. p. 256.

[530] CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho. Método do Estudo de Caso (*Case Studies*) ou Método do Caso (*Teaching Cases*)? Uma análise dos dois métodos no Ensino e Pesquisa em Administração. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCSA/remac/jul_dez_05/06.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2011. p. 3.

[531] Ibid., p.2. "A abordagem qualitativa tem sido freqüentemente utilizada em estudos voltados para a compreensão da vida humana em grupos, em campos como sociologia, antropologia, psicologia, dentre outros das ciências sociais. Esta abordagem tem tido diferentes significados ao longo da evolução do pensamento científico, mas se pode dizer, enquanto definição genérica, que abrange estudos nos quais se localiza o observador no mundo, constituindo-se portanto, num enfoque naturalístico e interpretativo da realidade (DENZIN e LINCOLN, 2000). Pesquisas de natureza qualitativa envolvem uma grande variedade de materiais empíricos, que podem ser estudos de caso, experiências pessoais, histórias de vida, relatos de introspecções, produções e artefatos culturais, interações, enfim, materiais que descrevam a rotina e os significados da vida humana em grupos".

[532] Ibid., p. 3.

alcançar) e o caso analisado. No tocante à possibilidade de generalização, o uso do método de estudo de caso deve ser ponderado, posto que análise única, dependendo do contexto, pode não corresponder com a teoria que se pretende comprovar ou grau de extensão da generalização pretendida[533].

A esse respeito, Ana Maria Roux Valentini Coelho Cesar[534] pondera:

> A utilização de um único caso é apropriada em algumas circunstâncias: quando se utiliza o caso para se determinar se as proposições de uma teoria são corretas; quando o caso sob estudo é raro ou extremo, ou seja, não existem muitas situações semelhantes para que sejam feitos estudos comparativos; quando o caso é revelador, ou seja, quando o mesmo permite o acesso a informações não facilmente disponíveis (STAKE, In DENZIN e LINCOLN, 2001, p. 135); quando se pretende reunir, numa interpretação unificada, inúmeros aspectos de um objeto pesquisado (MATTAR, 1996). Deve-se ressaltar, entretanto, que estudos de caso único devem ser feitos com cuidado, principalmente no tocante às generalizações que são feitas a partir dos mesmos; além disto, pode-se verificar ao longo do estudo que o caso estudado não se constituía na situação que se pensava estudar, podendo assim não ter adesão à teoria inicialmente proposta (YIN, 2001).

Assim, a escolha dos casos deve levar em consideração: a representatividade e excepcionalidade do caso eleito; e a ponderação da conformidade com o fenômeno estudado. Procuramos considerar todas essas variáveis quando da escolha das ações coletivas analisadas, que constituem nossos "casos". Iremos esmiuçar aspectos de cada um desses casos no desenvolver do capítulo, porém, adiantamos algumas ponderações sobre a satisfação daquelas variáveis.

3.1.2 Jurisdição constitucional: notas sobre as ações coletivas estudadas

No segundo capítulo indicamos que estas ações, todas inseridas no bojo da jurisdição constitucional, constituem espécies do gênero ações coletivas. São ações cujas características invariavelmente remetem a um tipo específico e diferenciado de tutela, que não é adequadamente satisfeita pela via individual - tradicional de processo, sendo várias as suas particularidades (titularidade do direito, legitimidade para agir, efeitos da coisa julgada, entre

---

[533] Um exemplo figurado do mau uso do método de estudo de caso é o estudo de um caso de mendicância e pretender estender, em nível nacional, as razões que colocaram o sujeito nesta situação como razão última da mendicância no país.

[534] CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho. Método do Estudo de Caso (*Case Studies*) ou Método do Caso (*Teaching Cases*)? Uma análise dos dois métodos no Ensino e Pesquisa em Administração. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCSA/remac/jul_dez_05/06.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2011. p. 5.

outros), certamente decorrentes da especificidade de seu objeto material: o controle concentrado de constitucionalidade[535].

A opção em analisar casos da jurisdição constitucional parece mesmo acertada, na medida em que questiona a lei em tese, portanto, ultrapassando as barreiras da lide, usualmente definida como sendo uma pretensão resistida. Como são várias as espécies de ações coletivas, bem como, são vários os bens jurídicos passíveis de serem tutelados por essa via processual, percebemos que os casos da jurisdição constitucional conseguem atingir um grau de homogeneidade quanto ao modo do exercício de sua tutela porquanto não se diferencia no tocante às categorizações, ainda que didáticas, de direitos coletivos. É dizer: as ações de controle de constitucionalidade judicializam única e exclusivamente uma ordem de direito coletivo: o difuso. Não obstante a natureza da lei e o conteúdo ou bem jurídico nela versados possam variar, é certo que toda ação de controle concentrado de constitucionalidade externa o mesmo objeto material. O bem jurídico, em todas elas, é sempre o mesmo: o direito difuso dos cidadãos de manter a higidez constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, é possível inferir a essencialidade dessas ações, mormente quanto inseridas no contexto de um Estado democrático de direito, tal como a hipótese brasileira.

---

[535] No Brasil vigora um complexo sistema de controle de constitucionalidade das normas, podendo ser sistematizado nas seguintes subdivisões: (a) quanto à natureza do vício: uma norma pode ser considerada inconstitucional devido a existência de vícios formais (subjetivos ou objetivos, que ocorrem na fase de elaboração da norma ou processo legislativo) ou materiais (hipótese em que o conteúdo da norma é materialmente incompatível com o conteúdo da Constituição); (b) quanto ao momento do exercício do controle: diz-se preventivo o controle que é exercido antes da entrada da norma viciada no ordenamento jurídico, e repressivo aquele que é exercido após a vigência da norma, agindo, portanto, no sentido de retirar a norma viciada do ordenamento; (c) quanto ao modo como o controle é exercido: diz-se judicial quando o controle é exercido através do Poder Judiciário, de forma concentrada (ações de controle concentrado de constitucionalidade) ou difusa (declaração incidental de inconstitucionalidade em lides judiciais), e extrajudicial quando o controle é exercido por algum dos outros dois poderes (o chefe do Executivo pode vetar a edição de uma lei se constatar sua inconstitucionalidade, bem como, o Legislativo pode exercer tal controle durante a fase do processo legislativo, seja por intermédio de seus parlamentares, seja por meio das comissões encarregadas. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46 et seq.
Podemos, inclusive, sintetizar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro no seguinte esquema:
(a) Momento do controle:
(a.1) Preventivo (antes da edição da lei, impede a inserção de norma viciada no ordenamento jurídico), no qual cada um dos Poderes constituídos atua de uma forma: o Legislativo por meio de sua Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), o Executivo por meio do veto jurídico de seu chefe, e o Judiciário por meio do deferimento de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar;
(a.2) Repressivo (ocorre depois da edição da lei, extirpando a lei viciada do ordenamento jurídico), controle este exercido de diferentes maneiras: o Legislativo, por meio de seus parlamentares, pode não converter Medida Provisória em lei, ou então sustar atos do executivo que forem inconstitucionais; o Judiciário atua por meio do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade; e o Executivo pode simplesmente não cumprir a lei alegando sua inconstitucionalidade.
(b) Critérios do controle (sistemas de jurisdição constitucional):
(b.1) difuso: sistema no qual qualquer órgão do poder judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, desde que incidente em algum caso concreto que lhe é posto sob apreciação (ocorre em uma lide);
(b.2) concentrado: sistema no qual somente uma estrutura (Corte constitucional) pode realizar o controle de constitucionalidade, que ocorre por meio de um processo objetivo, sem lide, que questiona a lei em tese.

Acompanhamos Gregório Assagra de Almeida[536], quando afirma:

> É justamente a figura do *Estado democrático de direito* que justifica e impõe a necessidade do desenvolvimento da ideia em torno do *direito processual coletivo especial* como novo ramo do direito processual brasileiro. Ele deve ser concebido como instrumento processual constitucional fundamental de *proteção* dessa nova forma de Estado de *justiça material* consagrado logo no art.1º da Lei Pátria Magna, seja quanto às suas instituições, seja quanto aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais ou coletivos, consagrados.

A transindividualidade absoluta do objeto material tutelado pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade justifica nossa opção em analisá-las.

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira[537] compartilham da ideia de que as ações de controle concentrado de constitucionalidade, de um modo geral, são essencialmente coletivas. Para eles, quatro são os elementos que as caracterizam quanto tal: (a) a legitimidade extraordinária conclusiva concorrente para ajuizamento; (b) predispõem-se à defesa de um direito coletivamente considerado (defesa da ordem constitucional); (c) contam com procedimento especial; (d) a imutabilidade do comando da decisão atingirá toda a coletividade. De fato, todas essas características impõem o tratamento coletivo dessa espécie de demanda, inclusive trilhando a principiologia processual coletiva, em seu largo aspecto.

Mas essa constatação não é suficiente para sustentar uma escolha aleatória dos casos a serem estudados. Escolhemos dois casos, a saber: a ação direta de inconstitucionalidade - ADIn n.02/DF e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.153. Ambas as ações, muito embora julgadas em momentos históricos diferentes, trazem importantes elementos para a teoria geral do estado e repercutem diretamente sobre a configuração do Estado democrático de direito brasileiro. A partir da análise desses casos, é possível identificar como o Estado, através do STF enquanto corte constitucional, está forjando a democracia brasileira por meio do exercício da jurisdição constitucional (notadamente, diferenciada, porquanto não há lide nos casos)[538].

---

[536] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 183. (grifos do autor).

[537] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 419-420.

[538] Ibid., p. 416. "Doutrina e jurisprudência já firmaram o entendimento de que a propositura de ADIN ou ADC leva à instauração de um processo eminentemente objetivo, porquanto despido de qualquer carga de subjetividade. Sim, trata-se de processo destituído de partes em litígios; não conta com a presença de lide, contendores, tampouco de interesses intersubjetivos em choque. Não cuida do julgamento de um caso concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, de uma relação de validade entre normas. No processo objetivo não subsiste o contraditório clássico – com partes atuando no processo em defesa de interesses contrapostos."

É possível, nesses casos, identificar como o uso do paradigma processual civil, de cunho individual e patrimonial, prejudica a efetivação da tutela coletiva. É possível, pois, identificar hipóteses de uso conformador-conformista da tutela, que acaba não tutelando o direito coletivo afeto (direito difuso de higidez constitucional). Para além do aspecto material, importante observar que os casos estados constituem hipóteses excepcionais no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que são poucas as ações da jurisdição constitucional, enquanto são várias as ações coletivas em trâmite e/ou em processamento nos moldes do direito processual coletivo comum. São essas características que motivaram nossa escolha.

3.1.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A ADIn é o primeiro instrumento de controle concentrado de constitucionalidade disciplinado pela CF/88 (art.102, inc.I, alínea "a", primeira parte)[539]. Sua regulamentação sobreveio a promulgação da CF/88, tendo sido realizada com uma década de atraso, por meio da lei n.9.868, de 10 de novembro de 1999.

A ADIn, assim como as demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, constitui demanda de natureza dúplice ou ambivalente, ou seja, constitui demanda cujo julgamento de mérito pode desencadear dois efeitos diversos, na verdade, antagônicos: se a ADIn for julgada procedente, isso implica no reconhecimento jurisdicional de que a lei em tese questionada de fato é inconstitucional, devendo, portanto, ser extirpada do ordenamento jurídico; por outro lado, se a ADIn for julgada improcedente, infere-se a constitucionalidade da lei questionada. Assim, a despeito da nomenclatura da ADIn, seu resultado pode desencadear o contrário do pretendido na ação, transformando a presunção *iuris tantum* da constitucionalidade da lei questionada em certeza absoluta.

Não obstante a duplicidade ou ambivalência dessa demanda, a ADIn possui uma finalidade específica, bem delineada, que é o reconhecimento pelo STF de que determinada lei é inconstitucional, seja pelo aspecto formal ou material. Aliás, a ADIn visa não somente a declaração da inconstitucionalidade, como, também, a extirpação da norma viciada do ordenamento, característica esta que confere à decisão de procedência caráter análogo ao sancionador.

---

[539] Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

> Por outro lado, nota-se que a finalidade da ADIN é desfazer, desconstituir esta presunção *iuris tantum* de constitucionalidade, para que se decrete a invalidade da norma que vai de encontro à Constituição. O objetivo é aniquilar uma situação jurídica existente, a saber, esta presunção de constitucionalidade (validade) da norma. O juízo de inconstitucionalidade é um juízo de invalidade; invalidar é aplicar uma sanção (a sanção de invalidade); no juízo de inconstitucionalidade, pois, o STF aplica uma sanção; não se pode considerar como meramente declaratória a decisão que aplica uma sanção.[540]

A primeira particularidade da ADIn diz respeito à legitimação ativa[541]. Nos termos da CF/88, art.103, incisos I a IX, cujo teor é reproduzido pelo art.2, incisos I a IX da lei n.9.868/99, existe um rol taxativo dos legitimados para ajuizar a ADIn, no qual estão elencados: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Gregório Assagra de Almeida[542] destaca que o STF tem firmado entendimento jurisprudencial no sentido de que determinados legitimados ativos são considerados "autores interessados" ou "especiais", enquanto outros são considerados "universais". A diferença de um e outro legitimado ativo é que os universais são considerados neutros, portanto, sua legitimidade é presumida, enquanto os "especiais" precisam comprovar seu interesse processual, por meio da demonstração da pertinência temática[543]. Importa pontuar quais dos legitimados arrolados são

---

[540] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 420-421. (grifo do autor).

[541] A questão da legitimação passiva não suscita maiores digressões porquanto será sempre o Advogado Geral da União (AGU) o legitimado e responsável pela curadoria da constitucionalidade da lei (CF/88, art.103, §3º: "Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado". Além do AGU, dispõe o art.6, caput, da lei n.9.868/99 que "O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado". Desta forma, também estes deverão figurar no pólo passivo da ação, agindo em defesa do ato impugnado.

[542] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 185.

[543] "Parte respeitável da doutrina brasileira critica com veemência a jurisprudência do STF ao argumento de que, no controle concentrado da constitucionalidade, o *processo* é *objetivo* e a tutela é *de direito objetivo*, motivo pelo qual não há qualquer justificativa para o STF exigir a *malsinada pertinência temática*. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, por exemplo, sustentam que a legitimidade ativa no controle abstrato da constitucionalidade é espécie de *legitimação autônoma para a condução do processo*, que se justifica em interesse público e social. Este interesse público e social não está vinculado ao objeto material da ação. Assim, não teria sentido exigir *pertinência temática ou pertinência subjetiva* de alguns dos legitimados ativos do art.103 da CF. Razão assiste a essa crítica. Exigir *pertinência temática* no controle concentrado de constitucionalidade é negar a própria índole objetiva desta espécie de tutela jurisdicional concentrada, além de violação do principio constitucional da isonomia consagrado como garantia constitucional fundamental (art.5º, *caput* da CF)." ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 185-186. (grifo do autor).

considerados "especiais", porquanto estes serão os que sofrerão tolhimentos jurisdicionais no tocante ao ajuizamento da ADIn: a Mesa da Assembleia Legislativa, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional[544].

A doutrina não é unânime[545]: parte considera a exigência de demonstração de pertinência temática como técnica para verificar a representação adequada diante caso concreto[546]; outra parte defende a presunção de legitimidade do rol constitucional[547].

A ADIn tem início com uma petição inicial direcionada ao STF, na qual deve-se indicar: o dispositivo de lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, e o pedido, com suas especificações (art.3, inc.I e II da Lei n.9.868/99). A petição deverá ser protocolada em duas vias, e deve ser instruída com os documentos essenciais para sua propositura, além de obrigatoriamente conter: instrumento de procuração (quando subscrita por advogado), cópias da lei ou ato normativo impugnado e documentos necessários para comprovar a impugnação. Uma vez proposta a ADIn, não se admite desistência, por expressa determinação legal (art.5, Lei n.9.868/99). Também não se admite intervenção de terceiros[548].

No tocante aos atos normativos[549] passíveis de serem questionados via ADIn, entende-se que todo e qualquer ato estatal que possua conteúdo normativo pode ser impugnado. Não importa se o ato é federal, estadual ou distrital, se seu conteúdo confronta a CF/88 e o ato persiste vigente, pode-se contestar sua constitucionalidade. A exigência feita é que a edição do ato questionado seja

---

[544] Há jurisprudência nesse sentido, cf.: STF. ADIn 1.307-6, rel. Min. Francisco Rezek; STF. ADIn 1.398/SC, rel. Min. Marco Aurélio.

[545] "Há outros, porém, que, com base experiência americana (art.23 das *Federal Rules*), admitem o controle judicial da 'representatividade adequada'. Ou seja, permitem que o Judiciário possa examinar e controlar a legitimação coletiva. Para esses autores, não basta a previsão legal da legitimação. Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo (e, pois, do *processo objetivo*), possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem o *representante adequado* para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo esta adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* são examinados em confronto com o conteúdo da demanda coletiva". DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 433. (grifo do autor).

[546] São exemplos de doutrinadores que defendem o controle judicial da representatividade adequada: Fredie Didier Junior e Antônio Gidi.

[547] São exemplos que refutam a verificação judicial: Nelson Nery Junior e Gregório Assagra de Almeida.

[548] Nos termos do art.7 da Lei n.9.868/99:
"art.7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.
§1º vetado
§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

[549] Segundo depreende-se da leitura do artigo 59 da CF/88, são algumas das espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

temporalmente posterior a promulgação da CF/88, haja vista que atos anteriores a ela devem ser impugnados por meio próprio (a ADPF).

O STF firmou entendimento no sentido de que o ato normativo, para poder ser impugnado via ADIn, deve tão somente apresentar aqueles requisitos mínimos de normatividade, saber: constitua um ato de caráter geral e abstrato que imponha um preceito de cumprimento obrigatório pelos seus destinatários[550].

Admitida a petição inicial, estabelece-se o contraditório em sede de ADIn: o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, as quais deverão ser prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido (art.6, Lei n.9.868/99). Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, os quais terão o prazo de quinze dias para se manifestar (art.8, Lei n.9.868/99).[551] Após, o relator lança o relatório, com cópia a todos os Ministros, pedindo dia para julgamento. Efetuado o julgamento, o qual requer a presença de pelo menos oito Ministros (art.22, Lei n.9.868/99), proclama-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada, se num ou noutro sentido tiverem se manifestado pelo menos seis Ministros (art.23, Lei n.9.868/99)[552], que implicará, respectivamente, no julgamento da ADIn como improcedente ou procedente. Julgada a ação, cuja decisão[553] é irrecorrível e não rescindível (ressalvada a interposição de embargos declaratórios, nos termos do art.26 da Lei n.9.868/99), far-se-á comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato (art.25, Lei n.9.868/99). Transitada em julgado a decisão, o STF fará publicar, no prazo de dez dias, a parte dispositiva do acórdão em parte especial do Diário Oficial da União.

---

[550] Cf. ADIn 1.716/DF, Trib. Pleno do STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.12.1997, DJ 27.3.1998, p. 2.

[551] Outras informações poderão ser requisitadas, nos termos do artigo 9, da Lei n.9.868/99:
"§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes no autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão,ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.
§2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.
§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contados da solicitação do relator."

[552] Se não for alcançada a maioria necessária, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento,este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos mesmos (art.23, § único, Lei n.9.868/99).

[553] Sobre os efeitos da decisão, importante destacar dois dispositivos da Lei n.9.868/99, porquanto polêmicos:
Art.27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.
Art.28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal.

3.1.2.2 ADPF: notas sobre o instrumento processual

A CF/88 inovou ao prever a ADPF, porquanto nenhuma Constituição ou lei anterior fazia menção à referida ação constitucional. Sua previsão está contida no §1º do art.102 da CF/88, conforme redação dada pela Emenda Constitucional n.3, de 1993: "A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Dirley da Cunha Junior[554], traçando o delineamento da ADPF, explica que a redação do dispositivo constitucional, especificamente, a expressão "na forma da lei", levou o STF a firmar posicionamento de que tal norma instituidora era de eficácia limitada, carente, portanto, de regulação legal[555]. Referido regramento sobreveio em 1999, com a edição da Lei n.9.882, cujo teor é eminentemente ritual, ou seja, regula o instrumento processual: o procedimento.

Sobre o objeto da ADPF, dissemos, anteriormente[556], do seu cabimento para: (a) evitar ou (b) reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art.1, caput da Lei n.9.882/99); (c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (inciso I do art.1 da Lei n.9.882/99)[557].

---

[554] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Arguição de decumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais.** 3. ed. rev., ampl. e aum. Salvador: JUSPODIVM, 2008. p. 491-554.

[555] "AgRegAI 145.860, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.02.93: 'A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstacularizar a respectiva observância, não se pode potencializar a argüição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável à conclusão sobre a pertinência do extraordinário'; AgRegAI 144.834-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.03.93: ' a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição [...] ainda depende de lei regulamentadora'; AgRegPet 1.140-7, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 31.05.96, p. 18.803: '[...] enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la'. No mesmo sentido: Petição n.1.369-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 08.10.97, p. 50.468. Embora a questão esteja superada, em face do advento da Lei n.9.882/99, cumpre registrar a nossa posição no sentido da possibilidade de aplicação imediata do instituto, independentemente de qualquer lei. Ora, á semelhança do que ocorreu com a Adin e a Adecon, o Supremo poderia ter aplicado o seu Regimento Interno à ADPF e consolidar uma jurisprudência a respeito. Basta mencionar o fato de que a Lei n.9.868/99, que regulou a Adin e a Adecon, acolheu significadamente a jurisprudência do STF construída em derredor destas duas ações diretas. E importa lembrar que a Lei da ADPF é muito semelhante à Lei da ADIN e ADC." Ibid., p. 492.

[556] Capítulo 2, p. 164.

[557] "A *arguição de descumprimento de preceito fundamental* poderá ter natureza *preventiva* ou *repressiva* (art.1º, *caput*, da Lei n.9.882/99). Quando tiver como objeto *evitar lesão* a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, terá natureza *preventiva*. Quanto tiver por objeto *reparar lesão* a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, terá natureza *repressiva*. [...] A *arguição de descumprimento de preceito fundamental* poderá ser: a) *autônoma* (*argüição autônoma*), que se encontra prevista no art.1º, *caput*, da Lei n.9.882/99; ou b) *incidental* (*argüição incidental* ou também *paralela*), que está estabelecida no art.1º, parágrafo único, I, da mesma lei". ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215. (grifos do autor).

Dissemos, também, que o desafio maior é delimitar o conteúdo de um preceito fundamental, haja vista que nem a CF/88 e nem a lei infraconstitucional externam o seu conteúdo. E o que são preceitos fundamentais?

Preceitos fundamentais seriam aqueles que informam o sistema constitucional brasileiro. Mas isso ainda diz muito pouco sobre o seu conteúdo.

Para José Afonso da Silva[558], a expressão "preceitos fundamentais", tradicional e erroneamente associada à ideia de "princípios fundamentais", é ampla e abrange todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional. Seriam exemplos de preceitos fundamentas os direitos e garantias fundamentais, dispostos no título II da CF/88. Segundo Dirley da Cunha Junior[559], há um consenso em identificar como preceitos fundamentais:

> a) os princípios fundamentais do título I da Constituição Federal, que fiam as estruturas básicas da configuração política do Estado (arts.1º ao 4º);
> b) os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (sejam os declarados no catálogo expressado no título II ou não, ante a abertura material proporcionada pelo §2º do art. 5º e, agora, pelo §3º do mesmo artigo);
> c) os princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância pelos Estados autoriza até a intervenção federal (art.34, VII) e
> d) as cláusulas pétreas, que funcionam como limitações materiais ou substanciais ao poder de reforma constitucional, compreendendo as *explícitas* (art.60, §4º, incisos I a IV) e as *implícitas* (ou inerentes, que são aquelas limitações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que, sem embargo, são *inerentes* ao sistema consagrado na Constituição, como, por exemplo, a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformador, bem assim a impossibilidade de alterar o processo constitucional de emenda).
> Acrescentaríamos, outrossim, as normas de organização política do Estado (título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), porquanto constituem o ponto nuclear do sistema federativo brasileiro e do equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Não há uma hierarquia entre as normas constitucionais, não obstante possamos realizar algumas classificações entre as mesmas (*v.g.*, normas de cunho material, normas de cunho formal). Contudo, percebemos que algumas disposições estão umbilicalmente atreladas aos valores erigidos como supremos no Estado pela sociedade. Para Dirley da Cunha Junior[560], a questão sobre a proeminência de preceitos fundamentais deve ser compreendida a

---

[558] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98.

[559] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Arguição de decumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais.** 3. ed. rev., ampl. e aum. Salvador: JUSPODIVM, 2008. p. 502-503. (grifos do autor).

[560] Ibid., p. 499. "Assim, impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores superiores que consagram, são mais fundamentais que outros. Por conseguinte, dada a

partir dessa constatação, que permite vislumbrar a Constituição como uma ordem de valores e, portanto, seus diversos dispositivos trazem igualmente valores, os quais podem ser hierarquizados axiologicamente.

> Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição. É por essa razão que o constituinte deliberou por destinar aos preceitos fundamentais uma proteção especial, através de uma ação também especial.[561]

Gregório Assagra de Almeida[562], em perspectiva atenta à efetividade da jurisdição e da tutela dos direitos coletivos, arrola os princípios e as atribuições constitucionais do Ministério Público, bem como, a ACP e o inquérito civil como preceitos fundamentais. Compartilhamos desse entendimento, porquanto o MP constitui, nos termos do art.127, *caput* da CF/88, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É acertado, também, o arrolamento da ACP e do inquérito civil como preceitos fundamentais, porquanto constituem instrumentos essenciais para a tutela coletiva.

Notamos, portanto, a importância da tutela via ADPF, posto que seu objeto remete ao núcleo conformador (enquanto configuração) do Estado constitucional. No caso do Brasil, essa conformação-configuração obedece aos escopos e estrutura do Estado democrático de direito, tal como instituído pela CF/88. E mais: trata-se de instrumento de inequívoca valia na transição constitucional, porquanto possibilita o exame da recepção e/ou conformação da legislação infraconstitucional editada sob a égide constitucional anterior à promulgação da CF/88 aos ditames e preceitos desta. É dizer: havendo a sucessão de Constituições, tal como ocorrido em 1988 no Brasil, a ADPF consiste instrumento de verificação de constitucionalidade de leis editadas em ordenamentos jurídicos diversos (porquanto a promulgação de uma nova Constituição constitui uma ruptura jurídica, que inova totalmente o

---

fundamentalidade destes preceitos, o constituinte optou por lhes conferir proteção especial com a criação de um mecanismo próprio."

[561] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Arguição de decumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais.** 3. ed. rev., ampl. e aum. Salvador: JUSPODIVM, 2008. p. 501.

[562] ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 222.

ordenamento jurídico interno de um país). Nesse sentido, a ADPF constitui *lócus* jurisdicional para a discussão da mudança de um regime jurídico para outro.

Jorge Miranda[563] explica o fenômeno da transição constitucional como sendo um processo dependente das circunstâncias históricas na qual está inserido, e que rompe com o regime constitucional precedente, determinando o nascimento de uma nova Constituição material. É a ADPF o instrumento processual que permitirá o exame de compatibilidade, instrumentalizando, pois, a transição constitucional que, no Brasil, consiste na transição democrática de um regime de exceção por outro democrático.

Segundo Gregório Assagra de Almeida, trata-se de ação com dignidade constitucional e pertencente ao direito processual coletivo especial, "[...] tendo em vista que se destina à tutela concentrada de *direito constitucional objetivo* circunscrito ao que a Constituição guarda como sendo *preceito fundamental*." [564]

Evidenciado o objeto e relevância da ADPF, cumpre-nos analisar o rito procedimental do instrumento, a partir de sua norma regulamentadora: Lei n.9.982, de 3 de dezembro de 1999[565].

O rito da ADPF é simples: através de uma petição inicial, apresentada em duas vias por qualquer dos legitimados ativos (os mesmos da ADIn)[566], indica-se o preceito fundamental violado, o ato questionado, a prova da violação do preceito, o pedido com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental em questão (art.3, Lei n.9.882/99). Referida peça deverá ser instruída com

---

563 "Em Ciência Política, fala-se em *transição* num sentido mais amplo, abrangendo quaisquer processos de mudança de um regime para outro (mormente em sentido democrático) e assinalam-se diferentes modos de transição, segundo diversos critérios:
- transição *espontânea* e transição *provocada* (transição decidida pelos detentores do poder por sua livre opção e transição provocada por convulsões políticas ou por outros eventos, internos ou externos);
- transição *unilaterial* (levada a cabo no âmbito dos órgãos constitucionais em funções, sem interferência das forças políticas de oposição) e transição *por transação* (feita por acordo entre forças identificadas com o regime até então vigente e as forças da oposição);
- transição *democrática ou pluralista* (passagem de regime política de concentração de poder e regime pluralista) e transição *não pluralista* (de sentido inverso)." MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 223. (grifos do autor).

564 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215. (grifos do autor).

565 BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 dez. 1999. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

566 O art.2 da Lei n.9.882/99 assevera que podem propor a ADPF os mesmos legitimados para a ADIn. Nos termos da CF/88, art.103, incisos I a IX, são eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

os documentos necessários para provar a impugnação, bem como, cópias do ato impugnado. Ao receber a petição inicial da ADPF, o relator encarregado realizará um exame de admissibilidade, podendo indeferi-la liminarmente caso constate não se tratar de hipótese de cabimento da mesma ou faltar algum dos requisitos previstos em lei (art.4, caput, da Lei n.9.882/99). Havendo pedido liminar, este será apreciado pelo STF, cuja decisão pelo provimento está autorizada somente por maioria absoluta. Recebida a inicial e superada a concessão da liminar (quando existente), o relator solicitará as informações[567] às autoridades responsáveis pelo ato questionado, no prazo de dez dias (art.6, da Lei n.9.882/99). Findo o prazo, o relator lançará relatório, com cópia aos demais Ministros, pedindo dia para julgamento (art.7, Lei n.9.882/99).

A decisão sobre a ADPF, que somente poderá ser tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros, será comunicada às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Da mesma forma que a ADIn, a decisão da ADPF deverá ser publicada no DOU no prazo de dez dias, tendo eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art.10, Lei n.9.882/99). Também é possível, por maioria de dois terços de seus membros, que o STF module temporalmente os efeitos da decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Da decisão em sede de ADPF não cabe recurso ou ação rescisória, e seu descumprimento enseja reclamação no STF na forma de seu regimento interno.

Traçadas as linhas gerais de cada um dos instrumentos (ADIn e ADPF), passemos à análise dos casos preliminarmente escolhidos.

3.2 ADI n.02/DF[568]

O estudo da ADI n.2/DF possui relevância histórica, uma vez por ela foi realizado o primeiro julgamento de controle concentrado da constitucionalidade de uma lei no Estado

[567] O art.6 da Lei n.9.882/99 faculta ao relator oportunidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (§1º). Poderão ser autorizadas, ainda a critério do relator, a sustentação oral e a juntada de memoriais por requerimento dos interessados no processo (§2º).

[568] Todas as citações presentes no trabalho, referente às peças das ADIn n.2/DF, estão disponíveis no arquivo **ANEXO I – ADIn n.2_DF**, no CD de anexos.

democrático de direito brasileiro, pós promulgação da CF/88. Referida ação foi julgada pelo Pleno do STF, aos 06 de dezembro de 1992, e teve como relator o Ministro Paulo Brossard.

3.2.1 Relato do caso

A ADI n.02/DF foi ajuizada pela Federação Nacional de Estabelecimentos de Ensino (FENEN) com base nos artigos 3º, inciso XXI, 8º, inciso III, 102, inciso I, alínea "a" e seu parágrafo único e 103, inciso IX da CF/88, pleiteando a declaração da inconstitucionalidade e inaplicabilidade dos artigos 1º e 3º do Dec. lei n.532 de 16 de abril de 1969, e artigos 2º ao 5º do Dec. Federal n.95.921 de 14 de abril de 1988.

Referidos dispositivos atribuíram competência aos Conselhos Estaduais de Educação para fixar e reajustar os preços dos serviços educacionais (mensalidade, taxas e contribuições) pagos aos estabelecimentos privados de ensino, e, também, estipulou critérios, fórmulas, índices e tetos para sua fixação. A parte autora entendeu pela inconstitucionalidade da legislação atacada porquanto seus dispositivos, editados anteriormente à CF/88, contrariavam o conteúdo material da CF/88, que então passou a admitir a interferência do Estado exclusivamente para evitar aumento arbitrário dos lucros.

A FENEN argüiu que o art.174 da CF/88 previu que "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". Sendo assim, e considerando o preceito contido no art.1, inciso IV da CF/FF, qual seja, "a livre iniciativa" como princípio fundamental, defendeu a tese de que o Estado perdeu, com a superveniência da CF/88, o direito de intervir no domínio econômico para ditar, por outros critérios e arbitrariamente, o preço a ser cobrado através do tabelamento e congelamento, podendo, contudo, exercer a fiscalização, o incentivo e o planejamento, que não se confundem com a intervenção[569].

No pólo passivo, figurou o Presidente da República, defendendo a constitucionalidade das disposições. Em suma, foi alegada a ilegitimidade da FENEN em

[569] "Logo, quanto aos preços, só cabe ao Estado: a – impedir que resultem de aumento arbitrário de lucros; b – fiscalizar para que não se cobre o preço que resulte aumento arbitrário de lucros." **ANEXO I – ADIn n.2_DF**. p. 11-12.

propor a ADI, a impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, a improcedência do pedido, pela inexistência de conflito argüido entre a legislação e a Constituição.

Em seu relatório, datado de 12 de setembro de 1989, o Min. Paulo Brossard entendeu que, preliminarmente, não deveria ser conhecido o pedido de inconstitucionalidade, porquanto a FENEN seria parte ilegítima para formular tal pretensão, haja vista não constituir confederação sindical e, portanto, não se enquadrando no estatuído no inciso IX, art.103 da CF/88. Também entendeu que os dispositivos pontuados como inconstitucionais, de edição anterior à CF/88, não poderiam ser objeto de ADIn, já que no Brasil a tese de inconstitucionalidade superveniente não seria aceita, nos termos sedimentados pelo entendimento jurisprudencial do STF. No mérito, defendeu que a improcedência da ADIn, haja vista a inexistência do conflito pontuado entre as normas legais e regulamentares argüidas a Constituição vigente.

3.2.2 A decisão

O cerne do debate entre os Ministros do STF foi: pode uma lei editada anteriormente à Constituição ser objeto de controle de constitucionalidade? É admitida, no Brasil, a tese da inconstitucionalidade superveniente?

A ementa do julgado traz à luz as idéias centrais nele debatidas, conforme se segue.

> EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, STF, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001).

Importante ressaltar que, à época (1992), o instrumento adequado para questionar a constitucionalidade de leis anteriores à Constituição (a ADPF), ainda não havia sido regulamentada, que somente ocorreu aos 3 de dezembro de 1999, por meio da Lei n.9.882.

A ADIn n.2/DF não foi conhecida, por decisão da maioria dos Ministros que, então, compunham o STF. O voto vencedor foi o do rel. Min. Paulo Brossard, que entendeu pela impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a ação impugnava leis anteriores à Constituição, hipótese esta não prevista pela legislação vigente. Assim, a ação sequer foi conhecida, pois o julgamento teve fim pela análise preliminar de mérito. Em suma, os temas tratados pelos Ministros perpassaram: 1) a recepção de normas infraconstitucionais; 2) a aceitação da inconstitucionalidade superveniente das normas impugnadas ou, ao contrário, pela sua revogação; 3) o direito intertemporal e 4) a questão processual constitucional referente ao não conhecimento de ADI.

3.2.3 Análise dos votos ministeriais

Os entendimentos ministeriais foram diversificados. Os Ministros Paulo Brossard, Moreira Alves, Carlos Velloso, Octavio Gallotti e Sydney Sanches não conheceram da ação por impossibilidade jurídica do pedido, por razões diferentes: o Min. Moreira Alves defendeu a tese de que no sistema brasileiro a inconstitucionalidade acarreta a nulidade da lei desde sua origem, pouco importando se o vício é formal ou material; para o Min. Carlos Velloso, o posicionamento dominante do STF, pela impossibilidade de inconstitucionalidade superveniente, não deveria ser afastada, inexistindo razões lógicas ou políticas judiciárias para tanto; o Min. Octavio Gallotti argüiu que a inconstitucionalidade impõe o reconhecimento de um vício congênito, que não foi constatado nos autos; o Min. Sydney Sanches, por sua vez, aderiu esta tese, complementando, ainda, não ser possível converter uma ADIn em declaratória de revogação, de ineficácia ou de extinção da lei por incompatibilidade com Constituição posterior.

Foram votos vencidos os Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira, que rejeitavam a preliminar argüida e entendiam pela possibilidade jurídica do pedido.

Pelo arrolamento das teses defendidas, notamos, sumariamente, que houve um afastamento dos Ministros do STF de sua função precípua de guardar a Constituição. Parece, inclusive, que as motivações dos votos seguiram uma linha conservadora e eminentemente político-governamental. Naquele momento histórico, de revolução jurídica e definição do papel

do STF nesse Estado, que então emergiu, os argumentos dos Ministros foram ao encontro da afirmação da independência dos poderes, em certa medida desarmônica, inconstitucional.

O argumento defendido e exposto na ementa do julgamento careceu de fundamentação jurídica, pois os Ministros confundiram ou ignoraram o que venha a ser inconstitucionalidade derivada de vício formal e a de vício material. No caso apreciado, a inconstitucionalidade foi realmente superveniente, pois o conteúdo da nova Constituição era diametralmente oposto ao regrado pela legislação infraconstitucional atacada. Ao contrário do que foi decidido, cremos que a constitucionalidade dos atos normativos, sejam eles quais forem, deve ser uma atividade ininterrupta, ou seja, a inconstitucionalidade não deriva, única e exclusivamente, de um vício congênito. A concretização da Constituição nos impõe esse posicionamento, sob pena de esvair sua eficácia diante aspectos meramente formais.

3.2.3.1 O voto vencedor do Min. Paulo Brossard

Em suas mais de 40 páginas, o voto do Relator, Min. Paulo Brossard, contém um estudo jurídico relevante, que merece destaque.

No tocante às preliminares de mérito, Brossard entendeu que a FENEN, embora não seja uma confederação, constituiu federação sindical de caráter nacional, inexistindo, em tal âmbito de atuação, confederação como disposto pela CF/88. "Ela não é uma confederação, como quer a Constituição, art.103, IX, mas é uma federação sindical de caráter nacional e não existe confederação específica." Reforçando seu argumento, cita dispositivo constante na carta sindical da FENEN, datada de 12 de março de 1948, e que reconhecia àquela o *status* de "[...] associação sindical de 2º grau, coordenadora das categorias compreendidas no 1º Grupo de Plano de Confederação Nacional de Educação e Cultura [...]". Dessa maneira, julgou legítima a atuação da FENEN no pólo ativo.

Quanto à impossibilidade jurídica do pedido, Brossard indicou precedentes[570] e doutrina para fundamentar seu posicionamento, que consistiu no acolhimento da tese de inadmissibilidade de inconstitucionalidade superveniente, tal como alegado pela presidência.

[570] "Desta forma, desde os acórdãos relatados pelo saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, em 1952, até os julgados dos Ministros OCTÁVIO GALLOTTI, em 1986, e CARLOS MADEIRA, em 1987, transcorrem 35 anos. Ao longo de um terço do século, em uma dúzia de decisões, o Supremo Tribunal Federal se manteve fiel à sua jurisprudência, à jurisprudência que, 'de longa data', assentara esta Corte, bem antes de 1943. São verdadeiros arrestos, *res pepetuo similiter judicata*, (Rui, Obras completas, XXV, 1898, IV, p. 288; Macedo Soares, voto em HC 1073, acórdão de 16de abril de 1898, in Rui, loc. cit., p. 347 a 349)".

Com isso, Brossard entendeu pela impossibilidade do pedido e, assim, restou prejudicado o julgamento da demanda no tocante ao seu mérito.

Invocando Castro Nunes, Brossard afirma que as leis preexistentes e havidas como incompatíveis com a Constituição são leis revogadas, que escapam ao tratamento da declaração de inconstitucionalidade, sendo este o entendimento assentado desde longa data pelo STF. No mesmo sentido, indicou jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e de São Paulo, que assentou que o conflito entre lei anterior com a nova Constituição é problema de intertemporalidade (conflito das leis no tempo), do qual decorre, como solução jurídica, o fenômeno da revogação.

> Pelo exposto, não hesito em declarar que esta é a jurisprudência a respeito da tese em exame, tanto do STF, como de ilustres tribunais locais. Jurisprudência tranqüila.
> Assim, se há 46 anos o Ministro CASTRO NUNES podia dizer que era esse o "entendimento assentado de longa data pelo Supremo Tribunal", pode-se dizer, sem deslize, que nesse mesmo sentido tem sido a jurisprudência do STF nos 45 anos passados desde o aparecimento da 'Teoria e Prática do Poder Judiciário'.
> De modo que o STF pode mudar de orientação acerca da tese, mas se o fizer estará abandonando antiga e numerosa jurisprudência.

Ora, se tal fenômeno é indiscutível em sede de ADI, então o pedido formulado pela FENEN é juridicamente impossível. Outro ponto destacado, com recurso aos estudos de Victor Nunes Leal, diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em comparação com aqueles decorrentes da revogação: a inconstitucionalidade acarreta nulidade da norma, ou seja, o reconhecimento de sua inexistência perante a CF/88 e, portanto, para o Direito. Desse modo, como poderíamos cogitar em defender a tese de que é possível que uma lei seja válida até certo momento e, após a promulgação da CF, considerá-la inexistente?

Um dos pontos altos do voto é a colação de magistério de Pontes de Miranda, de que "Se com a nova Constituição forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixam de vigorar no instante mesmo que se iniciou a vigência da nova Constituição". Assim, é retomada a problematização sobre vigência (noção temporal) e validade (noção hierárquica) das normas jurídicas. Para Brossard, fica claro que intertemporalidade não se confunde com inconstitucionalidade. Nesse sentido, assevera que:

> A teoria da inconstitucionalidade das leis supõe uma Constituição como lei suprema, hierarquicamente superior às demais leis, que lhe devem fidelidade e nela encontraram a origem de sua validade; supõe que os Poderes do

> Estado estejam sujeitos a essa lei maior, com atribuições por ela definidas e competência por ela limitada.

Com isso, o Ministro insere a problemática do escalonamento normativo e da unidade do sistema normativo, com o propósito de contextualizar a constitucionalidade da norma impugnada tão somente ao sistema no qual fora editada. Continua:

> É a primeira vez que se proclama que uma lei não tem em seu favor a presunção de inconstitucionalidade. E não tem... porque não poderia ter, pela mais óbvia das razões. Ao ser elaborada no âmbito do Poder Legislativo, ao receber a sanção do Poder Executivo, nenhum dos dois poderes a conferiu, nem poderia fazê-lo, com a Constituição que, ao tempo, não existia, e só depois dessa suposta lei veio a ser promulgada.
> A lei em causa teria sido contrastada, obviamente, com a Constituição vigente ao tempo da sua elaboração parlamentar e da sanção presidencial. Não poderia ser comparada com uma Constituição inexistente.

Notamos, portanto, que a questão da inconstitucionalidade, para o Min. Brossard, é sempre congênita, ou seja: constitui vício que nasce com a lei. Se no momento de sua edição a lei é tida como constitucional, não se poderia admitir análise posterior que versasse sobre o exame de sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, o Ministro confunde os planos formal e material de exame de constitucionalidade. No que diz respeito à forma, a constitucionalidade da lei deve atender única e exclusivamente aos ditames da Constituição vigente no momento de sua promulgação. Contudo, no que diz respeito ao seu conteúdo material, o exame de constitucionalidade deve ser contínuo. A superveniência de uma Constituição acarreta a novação de todas as normas no plano formal, contudo, no plano material, há que se primar por uma análise acurada.

Acompanhando o voto do Relator, manifestou-se o Min. Celso de Mello, endossando a tese de que o controle concentrado de constitucionalidade das leis somente pode ser realizado quando referidos atos tenham sido editados sob a égide de Constituição ainda vigente. Para ele:

> Para viabilizar-se, em nosso sistema jurídico, o controle normativo abstrato, torna-se necessário também considerar a existência de um vínculo de ordem temporal, que supõe a ocorrência de relação de contemporaneidade entre o texto, ainda em vigor, da Constituição, de um lado, e a gênese das espécies normativas hierarquicamente inferiores, de outro.

Notamos que seu argumento invoca aspectos histórico-temporais, no sentido de que o exame de constitucionalidade estaria restrito à um corte histórico-temporal, segundo o qual

somente lei e Constituição situados e editados no mesmo lapso temporal poderiam ser confrontados. Assim, também o Min. Celso de Mello não conhece a ação.

3.2.3.2 Uma análise dos votos vencidos

Contrariamente, os Min. Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio rejeitaram a preliminar vencedora, mas suas justificativas e posicionamentos divergiram.

O Min. Sepúlveda Pertence considerou o pedido juridicamente possível, mas entendeu que a FENEN não era parte legítima para ajuizar a demanda. Segundo ele:

> Não obstante [os posicionamentos dos Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello], tenho a ousadia de dissentir, por força de uma firme convicção de que recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a nova ordem constitucional, seria demitir-se, o Supremo Tribunal Federal, de uma missão e de uma responsabilidade que são suas. Intransferivelmente suas.

Seu argumento central tange a definição do papel do STF nesse Estado democrático de direito: verificar e se manifestar sobre a incompatibilidade das normas perante a Constituição vigente, qual seja, a CF/88.

O Ministro externa sua posição de um modo oscilante: inicialmente, irônico; posteriormente, ativista; por fim, tecnicista. Ele reconhece a paridade dos efeitos substanciais entre os fenômenos da ab-rogação e da inconstitucionalidade superveniente (ambos reconhecem a ineficácia de lei anterior à Constituição vigente), e chama atenção para a confusão inicialmente realizada pelo Min. Brossard no que tange ao exame de compatibilidade vertical das normas: invocando os estudos de Norberto Bobbio, esclarece que as antinomias podem ser elididas por diferentes critérios, sendo que o cronológico é aplicável somente em casos de normas colocadas no mesmo plano. "Quando duas normas são colocadas sobre dois planos diferentes, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos". Ora, transição constitucional importa na sucessão de Constituições diferentes, as quais, invariavelmente, implicam na erição de ordenamentos jurídicos diferentes. Sendo assim, seria não só possível como também necessário situar as normas no mesmo plano jurídico para proceder ao exame de compatibilidade vertical no tocante ao conteúdo normativo.

O Min. Sepúlveda Pertence clarifica a situação, explicando que a inconstitucionalidade superveniente poderia ser considerada uma espécie qualificada de

revogação, mas fica evidente que sua intenção é enfrentar outra gama de argumentos, não restrito ao caso: qual seria a opção política que o STF, naquele julgamento, iria consolidar? Qual seria o papel do STF na nova ordem que se instaurou?

> Estou consciente, por sua vez, de que a opção, que o problema impõe, não é apenas técnica. É de alta política constitucional: admitida a razoabilidade jurídica das várias soluções aventadas, a eleição, entre elas, por um Tribunal como este há de guiar-se no sentido que se lhe apresente como a mais adequada à efetividade da Constituição, que é o cometimento fundamental desta Casa.
> Aliás, nem é novidade o liso reconhecimento de que o deslinde da questão não pode prescindir da consideração das conseqüências de cada alternativa posta sobre a eficácia e a qualidade do controle de legitimidade das leis.
> [...]
> Dar o máximo de efetividade, em todos os níveis do ordenamento, ao estalo de valores, princípios e regras da nova Constituição é a missão de que, a meu ver, não se pode demitir o Supremo Tribunal.

Para a efetivação do conteúdo material da CF/88, seria, então, viável admitir a tese da inconstitucionalidade superveniente.

O conteúdo jurídico, para o Min. Sepúlveda Pertence, poderia ser facilmente resolvido, posto que as teses levantadas não eram absolutas ou excludentes. Tudo dependeria da opção política que a Corte faria. Se entendesse pela revogação, que fosse uma modalidade qualificada, já que as normas em conflito não estavam no mesmo plano hierárquico e sequer emanavam do mesmo ordenamento jurídico. Se entendesse pela inconstitucionalidade, que se firmasse a tese de aceitação da modalidade superveniente, decorrente da incompatibilidade material entre a norma e a Constituição posterior. Nesse liame, esta segunda tese seria a mais adequada.

Analisando as aspirações constitucionais, o Ministro considerou que o povo, legítimo titular do poder, não tenciona que leis presumivelmente inconstitucionais permaneçam vigentes no ordenamento, pois isso indicaria maculação da higidez constitucional. Seja pela revogação ou pela inconstitucionalidade, normas incompatíveis com a CF/88 devem ser elididas do ordenamento. Esse é o verdadeiro efeito que se pretendia com a ADIn em questão: expurgar a lei do sistema, posto que materialmente incompatível com a CF/88. Ora, quem deveria realizar tal expurgação? No questionamento da lei em tese, o STF.

O Min. Continua desenvolvendo seu raciocínio diferenciando a validade formal da validade material das normas, recorrendo à teoria da norma e do ordenamento jurídico em Hans Kelsen, bem como, à questão da revolução jurídica: com a superveniência de uma nova Constituição, as leis antigas que se mostrarem compatíveis à mesma permanecerão vigentes, porquanto consideradas recepcionadas pelo novo ordenamento instaurado pela ruptura

jurídica que a Constituição importa; contudo, embora tais normas continuem vigentes, seu fundamento de validade é outro (a nova Constituição), porquanto sofreram o fenômeno denominado "novação". As normas atingidas pela novação são consideradas como se editadas sob a égide material da nova Constituição. Não obstante, o Ministro não conhece da ação, porquanto considera ilegítima a atuação da FENEN.

No sentido de buscar enfrentar o mérito da lide para, então, concretizar a força normativa da Constituição e do delineamento de um novo STF, o Min. Néri da Silveira é o único a rejeitar todas as preliminares de mérito e conhecer da ação. O Min. afirma que a ADIn é mero instrumento processual de assento constitucional, por meio do qual o STF exerce sua função maior de guarida da Constituição.

> Coexistindo, entre nós, o duplo sistema de controle de validade de normas diante da Constituição – difuso e concentrado – não vejo fundamento jurídico a não admitir a discussão da questão da inconciliabilidade da norma anterior com a Constituição vigente. A incompatibilidade entre a norma e a Constituição é o ponto cardial comum, que do juízo de inconstitucionalidade, quer do juízo de revogabilidade. Se se tiver por precedente a incompatibilidade cogitada, a norma perde sua validade e eficácia, precisamente, a partir da vigência da Constituição, tanto se considere a controvérsia como de inconstitucionalidade, já como de revogabilidade. Com efeito, se se tem a norma como revogada, tacitamente, pela Constituição, é a partir da vigência desta que tal sucede. Se se tem a questão como de invalidade da norma diante da Constituição nova, por igual, a contar da mesma Constituição, cessará de incidir.

Ademais, assevera, "A guarda da Constituição que se confere ao STF (art.102) encontra na ação direta, a que se refere o inciso I do mesmo dispositivo maior, instrumento básico cuja utilização não cabe à Corte restringir." Se o que a FENEN pretende, no caso, é expurgar norma materialmente confrontante com a CF/88, então adequada a via eleita.

3.2.3.3 Uma análise dos votos que acompanharam o relator

O posicionamento do Min. Moreira Alves é igualmente pelo não conhecimento da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

O primeiro apontamento do ministro diz respeito aos contornos específicos que o controle concentrado de constitucionalidade adquire na hipótese brasileira: só seria admissível o exame de constitucionalidade de uma lei em face da Constituição em vigor. No tocante ao

controle difuso, as leis anteriores à Constituição em vigência continuariam passíveis ao exame de constitucionalidade em face da Constituição sob cuja vigência foram editadas. Sob esse argumento, o Min. Moreira Alves rejeita a recepção da novação no ordenamento brasileiro.

> Para não se receber uma lei inconstitucional perante a Constituição sob cujo império foi editada mas constitucional em face da Carta Magna em vigor, seria necessário que se admitisse – o que esta Corte não admite – que, na ação direta, se pudesse também examinar a constitucionalidade da lei perante Constituição já revogada, para, em caso afirmativo, fazer-se, em seguida, o exame de sua constitucionalidade diante da Carta Magna em vigor. E, nesse caso, não há que falar-se em recepção novatória, que pressupõe a novação da lei nula em lei válida.

O segundo apontamento diz respeito à tese kelseniana esposada pelo Min. Sepúlveda Pertence, a qual, segundo o Min. Moreira Alves, seria altamente problemática, posto que equivocada.

O Min. Carlos Velloso, por sua vez, acompanha o voto do relator sem maiores digressões. Admite que encampa a tese de inadmissibilidade de inconstitucionalidalde superveniente, pois entende mais escorreita a tese da revogabilidade, já amparada pelo entendimento jurisprudencial do STF. Segundo seus argumentos:

> [...] não encontro razão lógica, ou mesmo razão de política judiciária para afastar-me da jurisprudência tradicional da Corte Suprema. Se não tivéssemos o controle de constitucionalidade difuso, penso que seria razoável adotar o entendimento do Ministro Pertencem que se apóia em autores europeus, que reivindicam, mesmo no caso de lei anterior à Constituição nova, a apreciação da questão no controle concentrado. Convém registrar que a Europa não adota o controle difuso. No Brasil, entretanto, que tem o controle difuso, não há razão para adotarmos a postura dos autores europeus.

Nesses termos, o Min. Carlos Velloso não conhece da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Também acompanha o voto do relator os Ministros Octavio Gallotti e Sydney Sanches, que não conhecem da ação porquanto consideram o pedido juridicamente impossível. Para eles, a declaração de inconstitucionalidade pressupõe um vício congênito, não identificável no caso.

Não constaram votos dos Ministros Célio Borja. Ilmar Galvão e Francisco Rezek porque os mesmos estiveram ausentes, justificadamente, às sessões.

3.3 ADPF n.153[571]

O estudo da ADPF n.153 possui, igualmente, relevância histórica, uma vez que por ela foi realizado julgamento na jurisdição constitucional que implicou na evidenciação dos contornos da justiça de transição no Brasil. Referido julgamento abriu o precedente, outrora impensável, de que existe uma margem necessária de violação dos direitos humanos em contextos de "justiça de transição", ou seja, naqueles nos quais a sociedade deve acordar quanto ao legado de abusos cometidos no passado ditatorial, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação.

3.2.1 Relato do caso

A ADPF n.153 foi proposta aos 21 de outubro de 2008, pelo Conselho Federal da OAB, por meio de seu presidente Raimundo Cezar Britto, em ação subscrita pelo advogado e estudioso da temática dos direitos humanos Fábio Konder Comparato[572]. O acionamento da jurisdição constitucional visou expurgar do ordenamento jurídico brasileiro interpretação lesiva da Lei n.6.683, de 23 de agosto de 1979 - Lei de Anistia[573], entendida como um afronta aos direitos humanos. O dispositivo legal impugnado foi o parágrafo 1º do art.1º, qual seja:

> Art.1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, das fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

---

[571] Todas as citações presentes no trabalho, referente às peças das ADPF n.153, estão disponíveis no arquivo **ANEXO J – ADPF n.153**, no CD de anexos.

[572] Participaram como *amicus curiae* a Associação Juízes para a Democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CERJIL), a Associação brasileira de anistiados políticos (ABARP) e a Associação democrática e nacionalista de militares.

[573] BRASIL. Lei n.6.683, de 23 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 07 ago. 2011.

> §1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

A petição inicial da ADPF n.153 explicita tratar-se de hipótese incidental de argüição, cujos requisitos de (a) relevante fundamento da controvérsia constitucional e (b) lastro em ato normativo do Poder Público, encontram-se adequadamente satisfeitos, pois: (a) a aplicação da lei de Anistia estaria desencadeando controvérsia pública; e (b) o ato impugnado é interpretação de lei emanada do poder público.

A controvérsia aventada pela ADPF n.153 consiste em saber a amplitude da anistia concedida por meio da lei impugnada, porquanto a OAB entende que aqueles agentes que abusaram de seu cargo e função para violar direitos humanos não estão abrangidos.

> A sociedade brasileira acompanhou o recente debate público acerca da extensão da Lei n.6.683/79 ("*Lei de Anistia"*). É notória a controvérsia constitucional surgida a respeito do âmbito de aplicação desse diploma legal. Trata-se de saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar, que vigorou entre nós antes do restabelecimento do Estado de Direito com a promulgação da vigente Constituição.

Para comprovar a notoriedade da controvérsia política alegada, foram colacionadas notícias de diferentes veículos de informação, as quais envolviam, inclusive, posicionamentos do Ministério da Defesa e o Ministério da Justiça.

O objetivo da provocação do STF enquanto guardião da Constituição foi verificar a recepção da Lei de Anistia pela ordem jurídica instaurada pela CF/88, bem como, acurar pela sua escorreita interpretação e aplicação conforme os preceitos e princípios fundamentais constitucionais. A lesão que se pretendeu afastar por meio da ADPF n.153 foi a interpretação do §1º do art.1º da Lei de Anistia de forma a conceder anistia a vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, tortura e abusos sexuais a opositores políticos, os quais, de acordo com a CF/88, devem ser considerados crimes não conexos, ou seja, devem ser investigados, processados e punidos como crimes comuns.

> É sabido que esse último dispositivo legal [§1º, art.1º da Lei de Anistia] foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar. Em toda a nossa história, foi esta a primeira vez que se procurou fazer essa extensão da anistia criminal de natureza política aos

> agentes do Estado, encarregados da repressão. Por isso mesmo, ao invés de se declararem anistiados os autores de crimes políticos e crimes comuns a ele conexos, como fez a lei de anistia promulgada pelo ditador Getúlio Vargas em 18 de abril de 1945, redigiu-se uma norma propositalmente obscura. E não só obscura, mas tecnicamente inepta.

A bem da realidade, o objetivo da Lei de Anistia foi garantir a anistia aqueles opositores do regime militar que cometeram crimes políticos para refutar a ditadura. A anistia é um ato político declaratório de impunibilidade, e sua função inicial era justamente a oposta do que seu uso revelou possível: extinguir o ato criminoso dos militantes contra a Ditadura. Ao contrário, a lei tem sido maquiavelicamente utilizada para tornar impunes todos os crimes cometidos pelos agentes da repressão, incluindo aqueles que atentaram contra a integridade física (agressões, tortura e homicídio) e psicológica ou emocional (estupro, atentado ao pudor e, novamente, tortura). Nesse sentido, os agentes policiais e militares da repressão política (agentes do Estado ditatorial) não cometeram crimes políticos, mas, sim, crimes comuns.

Aceitar que a anistia abrange os crimes comuns cometidos pelos agentes da repressão ofende, conforme exposto na inicial da ADPF n.153, vários preceitos fundamentais: a) a isonomia em matéria de segurança, posto que a anistia descriminaliza condutas típicas e antijurídicas; b) direitos fundamentais da pessoa, tal como a vida, a liberdade, a integridade pessoal e a dignidade; c) o dever do Poder Público de não ocultar a verdade, posto que "todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral" (CF/88, art.5º, XXXIII); d) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (especialmente, o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de promover o bem de todos, conforme disposto nos incisos I e IV do art.3 da CF/88).

> A Lei n.6.683, promulgada pelo último governo militar, inseriu-se nesse contexto de lôbrega ocultação da verdade. Ao conceder anistia a pessoas indeterminadas, ocultas sob a expressão indefinida "crimes conexos com crimes políticos", como acabamos de ver, ela impediu que as vítimas de torturas, praticadas nas masmorras policiais ou militares, ou os familiares de pessoas assassinadas por agentes das forças policiais e militares, pudessem identificar os algozes, os quais, em regra, operavam nas prisões sob codinomes.
> Enfim, a lei assim interpretada impediu que o povo brasileiro, restabelecido em sua soberania (pelo menos nominal) com a Constituição de 1988, tomasse conhecimento da identidade dos responsáveis pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder.

Não bastasse essa séria violação, outro preceito fundamental é diametralmente afrontado pela Lei de Anistia: os princípios democrático e republicano. No tocante ao princípio republicano, cogita-se a ilegalidade de auto-anistia, porquanto a lei impugnada foi editada pelo Chefe de Estado para descriminalizar sua própria conduta, bem como, dos

agentes que agiram sob suas ordens. No tocante ao preceito democrático, são várias as violações, talvez a principal consista do desvirtuamento da representação política enquanto modo de exercício da soberania popular, ao lado do desrespeito ao bem comum.

Por fim, a inicial aponta a afronta à dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, bem este que não poderia ter sido barganhado como via de transição democrática. Este ponto será melhor tratado no tópico seguinte, quando versarmos sobre a decisão da ADPF n.153, bastando, por ora, adiantar que o entendimento encampado é que na celebração do suposto acordo para transição do regime militar ao Estado de Direito, a anistia irrestrita não poderia ter sido condição *sine qua non*. [574]

A Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, se manifestou pela ausência de comprovação da controvérsia judicial e pela falta de impugnação de todo o complexo normativo. No mérito, alegou que a abrangência da anistia decorreu do contexto em que a Lei de Anistia foi promulgada, não estabelecendo qualquer discriminação, para fins de concessão do benefício, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar. "Dessa forma, desde a promulgação do diploma legal prevalece a interpretação de que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 é ampla, geral e irrestrita".

O Procurador Geral da República opinou pelo conhecimento da ADPF e, no mérito, pela improcedência do pedido, sob o argumento de que a análise da Lei de Anistia não pode ser realizada em apartado de seu contexto histórico. Tratou-se, à época, de procedimento necessário e que foi dirigido ao crime, retirando-lhe o caráter delituoso e, consequetemente, excluindo a punição de modo genérico a todos que o cometeram. Segundo o PGR:

> A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos.

Devidamente processada, aos 29 de abril de 2010, a ADPF n.153, que teve como Relator o Min. Eros Grau, foi julgada improcedente em sua totalidade. Dos onze ministros que compõe o STF, somente dois (Min. Ricardo Lewandowski e Ayres Britto) deram provimento parcial à ação. Em uníssono, os ministros que optaram pela improcedência da ação entenderam que a anistia

[574] Transcrevemos o pedido da ADPF n.153: "b) a procedência do pedido de mérito, para que esse Colendo Tribunal dê à lei n.6.683, de 28 de agosto de 199, uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar." Cf. **ANEXO J – ADPF n.153.**

geral e irrestrita estende-se aos agentes opressores e que este foi o preço que a democracia teve que pagar para que fosse concretizada a transição democrática brasileira.

3.2.2 A decisão[575]

O STF rejeitou todas as preliminares argüidas na ADPF n.153, contudo, no tocante ao seu mérito, decidiu pelo não provimento, por sete votos a dois[576]. Vejamos a decisão:

> O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que extinguia o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a argüição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo argüente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos amici curiae, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo argüido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. - Plenário, 28.04.2010.
>
> Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a argüição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. - Plenário, 29.04.2010.[577]

No voto do relator, min. Eros Grau, há a afirmação de que a inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país: o da batalha da anistia. Para ele, a

---

[575] Importante ressaltar que até o momento da conclusão do presente estudo, somente os votos dos ministros Eros Grau, Carmen Lúcia e Celso de Mello foram disponibilizados, na íntegra, pelo portal do STF. Todos os demais votos estão disponíveis no sítio eletrônico *youtube*, ferramenta on-line que nos permitiu acessar o teor de cada um dos posicionamentos (Disponível em: <www.youtube.com.br>. Acesso em: 8 de ago. 2011). Para facilitar o acesso, disponibilizamos os votos já veiculados no CD de anexos, no arquivo **ANEXO J – ADPF n.153**.

[576] No julgamento da ADPF n.153, votaram nove ministros: Eros Grau (relator), Ayres Britto, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Pelluzo, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Estiveram ausentes os ministros Joaquim Barbosa, licenciado por razões médicas, e Dias Toffoli, impedido do julgamento porque estava à frente da AGU à época do ajuizamento da ação.

[577] STF. Decisão final da ADPF n.153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=153&processo=153>. Acesso em: 8 ago. 2011.

argumentação externada foi antes política do que jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo.

Segundo o voto do Min. Eros Grau[578]:

> A inflexão do regime [= a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia] deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia - luta que, com o respaldo da opinião pública internacional, uniu os "culpados de sempre" a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades e a democracia e revelou figuras notáveis [...] a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História. Nos estertores do regime viam-se de um lado os exilados, que criaram comitês pró-anistia em quase todos os países que lhes deram refúgio, a Igreja (à frente a CNBB) e presos políticos em greve de fome que a votação da anistia [desqualificada pela inicial] salvou da morte certa [...] Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. [...] Essas jornadas, inesquecíveis, foram heróicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*.

O que se depreende da leitura do voto do relator é a tentativa de contextualizar o momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira no momento da edição da Lei de Anistia, e fundamentar, a constitucionalidade de referida lei, ao "sentimento" de pungente transição do regime de exceção vivido para uma realidade democrática[579].

No tocante ao conceito de "crimes conexos", o relator é incisivo, afirmando que o parágrafo 1º da Lei de Anistia é claro ao afirmar que "para efeito deste artigo", consideram-se crimes conexos aqueles de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Para ele, os crimes conexos "Podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política. São crimes outros que não políticos; logo, são crimes comuns, porém [i]

---

[578] **ANEXO J – ADPF n.153.**

[579] Adiantamos crítica realizada por José Carlos Moreira da Silva Filho: "Com estas palavras de Eros Grau a Suprema Corte brasileira iniciou o que se pode chamar de *grande perversão da bandeira da Anistia no Brasil*, pois os presos políticos, os exilados, os núcleos do Movimento Feminino pela Anistia, os Comitês Brasileiros de Anistia, largos setores artísticos e intelectuais do país, instituições apoiadoras como a OAB, a CNBB, a ABI, o IAB e o MDB, entre outras, jamais desfraldaram a bandeira da 'Anistia ampla, real e irrestrita' com o intuito de defender a impunidade dos agentes da repressão. O foco da expressão sempre esteve voltado para a situação daqueles que se encontravam presos e, exilados, expurgados, na clandestinidade. Muitos deles tinham sido condenados pelo judiciário. Tal foco, aliás, revelou-se bem apropriado, pois foram justamente os que tinham sido condenados por envolvimento na resistência armada que acabaram não sendo alcançados pela Anistia." SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira.** Disponível em: <http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2011.

relacionados com os crimes políticos ou [iii] praticados por motivação política." Com esse argumento, o ministro refuta a tese esposada na inicial da ADPF n.153, que denunciava que a redação do texto da Lei de Anistia seria propositalmente obscura, a fim de deturpar o real sentido da anistia e ensejar a descriminalização dos agentes da repressão. Para ele todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento de sua interpretação, até a sua transformação em norma, até sua aplicação. Nesse sentido, propugna por uma espécie de "interpretação histórica", na qual o sentido da anistia deve ser alocado no momento da sanção da lei.

O relator discorre, ainda, sobre a transição para a democracia, invocando a existência de um acordo "bilateral", à época, a partir do qual a superação da ditadura teria sido possível. A anistia se revestiria, desta feita, de um caráter conciliatório.

> Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos.
> Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos.

Com isso, o ministro inaugura uma segunda gama de discussão: o custo da democracia na hipótese brasileira. Segundo ele, o Poder Judiciário, no Estado democrático de direito, não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. "Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia." Em sua perspectiva, a revisão da anistia seria tarefa de incumbência do Poder Legislativo e não do Judiciário, porquanto remete às transições realizadas no âmbito e por classes políticas.

No final de seu voto, de mais de setenta páginas, no qual, inclusive, são colacionados diversos exemplos de transição democrática na América Latina (*v.g.* Uruguai, Argentina e Chile), o Min. Eros Grau termina decidindo pela improcedência da ação, ou seja, conhecendo a constitucionalidade da Lei de Anistia, alertando que "É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes. Há coisas que não podem ser esquecidas."[580]

---

[580] "Em um poema, *Hombre preso que mira su hijo*, Mario Benedetti diz ao filho que "*es bueno que conozcas/que tu viejo calló/o puteó como un loco/que es una linda forma de cal lar"; "y acordarse de vos* - prossegue -*/de tu carita/lo ayudaba a cal lar/una cosa es morirse de dolor/y otra cosa morirse de vergüenza"*. E assim termina este lindo poema, que de quando em quando ressoa em minha memória: *"llora nomás botija/son macanas/que los hombres no*

3.2.2.1 Uma análise dos votos ministeriais

Os votos ministeriais convergiram, quase que na totalidade, com o do relator.

O voto da Min. Carmen Lúcia[581] reverbera o posicionamento do relator. Para ela, o STF não teria legitimidade para rever um acordo realizado há trinta anos entre os vários segmentos da sociedade, mormente considerando o contexto histórico no qual a transição democrática ocorreu. O destaque para o voto da ministra é a ressalva quanto ao aspecto penal do pedido de revisão da Lei de Anistia, pois, conforme a principiologia e regramento penal brasileiro, a mudança que eventualmente sobreviesse com a declaração da inconstitucionalidade da lei, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado.

A min. Ellen Gracie[582], igualmente endossando a relatoria, enfoca em seu voto a questão da bilateralidade da Lei de Anistia, refutando a possibilidade de ter sido realizada uma transição pacífica entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Para ela, "[...] a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil."

O Min. Marco Aurélio[583], por sua vez, destacou a problemática do transcurso do prazo prescricional de eventual persecução penal, esclarecendo que, em termos concretos, os efeitos práticos da atuação do STF, no caso, restariam inócuos. Afirma:

> Se o Tribunal decidir pela constitucionalidade da Lei, não surtirá efeitos quanto àqueles que praticaram este ou aquele crime. Se o Tribunal assentar a inconstitucionalidade, o resultado em termos de concretude, em termos de afastamento de lesão, que no campo penal quer no campo cível não ocorrerá por uma razão muito simples.

Tal como o fez a Min. Carmen Lúcia, o Min. Celso de Mello[584] invoca o argumento ou método histórico de interpretação para confirmar a tese de bilateralidade da Lei de Anistia, enquanto pacto ou acordo consensual estabelecido entre a sociedade civil e política para, a partir de concessões recíprocas, ser atingir a paz social. Alerta, ainda, que para serem efetivados os

---

lloran/aquí lloramos todos/gritamos berreamos moqueamos chillamos maldecimos/porque es mejor llorar que traicionar/porque es mejor l lorar que traicionarse/llora/pero no olvides". É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado. Julgo improcedente a ação." **ANEXO J – ADPF n.153.**

[581] **ANEXO J – ADPF n.153.**

[582] Voto disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/0/gbtcKYWuO7c>. Acesso em: 8 ago. 2011.

[583] Voto disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/0/gbtcKYWuO7c>. Acesso em: 8 ago. 2011.

[584] **ANEXO J – ADPF n.153.**

direitos humanos fundamentais de acesso á verdade e construção de uma memória nacional de luta contra a ditadura não é imperativo a responsabilização criminal dos agentes da repressão.

O atual presidente do STF, Min. Cezar Pelluzo[585], endossa também o argumento histórico perfilhado pelos demais membros da Corte, insistindo que "Só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos da humanidade é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior que seus inimigos, é capaz de sobreviver." Também reconhece que a atividade do STF, enquanto corte constitucional, restaria inócua no tocante à persecução da responsabilidade criminal dos agentes da repressão, porquanto os crimes já restariam atingidos pela prescrição. Em suas razões, indigna-se o ministro com o fato de a OAB, aparentemente, expressar entendimento diverso daquele encampado no final da década de 70[586]. No mesmo sentido, manifestou-se o Min. Gilmar Mendes[587].

3.2.2.2 Uma análise dos votos ministeriais divergentes

Os votos divergentes foram os dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que entenderam pela procedência parcial da ADPF n.153, excluindo do alcance da lei os autores e mandantes de crimes de lesa-humanidade.

O Min. Ricardo Lewandowski[588] refuta a bilateralidade consensual da edição da Lei de Anistia, defendendo a tese de que sua edição ocorreu meio a um contexto de insatisfação popular. Defende, no tocante à delimitação dos "crimes conexos", que o STF vem firmando posicionamento no sentido de não considerar como crimes políticos os de sangue (*v.g.* lesão à pessoa humana), o que, por si, afastaria a consideração dos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão como sendo crimes políticos. Assim, crimes tais como seqüestro,

---

[585] Voto disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/11/bK2Hpfnk2Qg>. Acesso em: 8 ago. 2011.

[586] "Contrariamente à estupefação do presidente da Corte, é preciso entender que não são apenas os juízes que podem mudar de entendimento e enveredar por compreensões dissonantes. Na verdade, assim como o sentido do texto normativo, o passado também não cessa de se representar. Ele não está fixo em alguma pretensa descrição absoluta e atemporal. É certo que hoje se dispõe de muito mais elementos para se interpretar aquele contexto tão nebuloso da abertura lenta e gradual apregoada pelo ex-ditador Ernesto Geisel. Muitos arquivos foram abertos, muitas histórias de perseguição e terrorismo de Estado foram reveladas pelos que sobreviveram. Tudo isso muda a compreensão que se tem do próprio passado." SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira.** Disponível em: <http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2011.

[587] Voto disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/10/gbtcKYWuO7c>. Acesso em: 08 ago. 2011.

[588] Voto disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/8/5ranNPsDDAk>. Acesso em: 08 ago. 2011.

homicídio e estupro não poderiam ser considerados crimes conexos. Não bastasse a omissão do Estado no tocante à interpretação deturpada que vem sendo realizada sobre o conceito de "crimes conexos", outro argumento levantado pelo ministro remete ao dever do Estado em investigar e punir os responsáveis por violações aos Direitos Humanos, uma vez que o mesmo aderiu o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e também da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para o Min. Ayres Britto[589], a Lei de Anistia não possui o caráter amplo, geral e irrestrito, tal como defendido pelos demais membros da Corte. Seu posicionamento é pelo cabimento da interpretação conforme a Constituição, com a qual é possível extirpar qualquer interpretação que ouse estender anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do art.5 da CF/88. Em seu voto, o ministro repudia o método histórico de interpretação, então predominante no STF, argumentando que o mesmo consiste em um "paramétodo", ou seja, um método supletivo, no qual se escora entendimento caso remanesça alguma dúvida sobre o sentido do texto. Defendeu, também, que a redação da Lei de Anistia foi covarde, por não explicitar, claramente, a intenção de anistiar os torturadores.

3.4 Primeiras impressões

Não obstante tenhamos adiantado, em momentos pontuais, algumas de nossas impressões acerca do julgamento das ações estudadas – ADIn n.2/DF e ADPF n.153 – cumpre destacar as principais impressões depreendidas dos casos em questão.

A ADIn e a ADPF constituem espécies procedimentais do mesmo gênero de ações, qual seja: ação de controle concentrado de constitucionalidade de leis. Trata-se de ações de tutela do direito objetivo (lei em tese), inseridas no bojo da jurisdição constitucional, por meio das quais é possível realizar a manutenção da higidez do ordenamento jurídico brasileiro em processo que não apresenta lide, porquanto não há um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A opção em estudar estas espécies da jurisdição constitucional mostrou-se acertada, uma vez que seu objeto constitui a mesma espécie do gênero coletivo, a saber: o direito difuso de controle de constitucionalidade das leis brasileiras. A homogeneidade das pretensões permite uma análise comparativa na tutela coletiva prestada em uma e outra ação. Permite,

[589] Voto disponível em: <http://www.youtube.com/stf#p/search/1/5ranNPsDDAk>. Acesso em: 08 ago. 2011.

também, a confrontação com a principiologia processual coletiva propugnada no segundo capítulo da presente dissertação, porquanto específica à hipótese coletiva aventada.

No tocante ao procedimento de uma e outra ação, notamos uma paridade ritualística, não obstante cada uma conte com regramento próprio, previsto em norma infraconstitucional (o procedimento da ADIn está previsto na Lei n.9.868/99 e o da ADPF na Lei n.9.882/99). Ambas as ações têm início com uma petição inicial elaborada por um dos legitimados ativos previstos no art.103, inc.I a IX da CF/88, na qual necessariamente deve constar a norma impugnada como inconstitucional, o fundamento legal e o pedido, com suas especificações. Referida peça, devidamente instruída com os documentos essenciais (necessariamente, devem ser acostadas cópias do ato normativo impugnado), deve ser direcionada ao STF e protocolada em duas vias. Conforme sua distribuição no STF, o relator encarregado realizará exame de admissibilidade da ação e, se em termos, estabelecerá o contraditório, pedindo informações aos responsáveis pelo ato impugnado, bem como, outras que porventura se mostrarem pertinentes e necessárias. Prestadas as informações, prossegue-s com a oitiva do AGU e do PGR, com prazo de quinze dias para manifestação. Após, o relator lança relatório, com cópias aos demais ministros do STF, pedindo dia para julgamento, que somente é realizado se presentes oito ministros à sessão. A decisão da ADIn e da ADPF é tomada por maioria simples (6 votos), não cabendo recurso ou rescisão do julgado.

Para além do rito procedimental, importa observar a influência do direito material sobre essa gama processual coletiva, que implicará, invariavelmente, na efetividade da tutela jurisdicional prestada.

3.4.1 Impressões sobre o julgamento da ADIn n.2/DF

No caso da ADIn n.2/DF, os interesses afetos à atividade econômica desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino é tão somente um dos cenários no qual o verdadeiro ator, que é o controle de constitucionalidade, encena. A discussão propiciada por esta ação é de grande relevância jurídica porque: a) constitui o primeiro julgamento de controle concentrado de constitucionalidade do Estado democrático de direito; e b) revela o despreparo dos ministros, enquanto construtores do direito, em lidar com as especificidades

da tutela coletiva[590]. Neste caso, a satisfação do direito material cedeu lugar ao formalismo tecnicista exacerbado, de modo que a efetividade da tutela restou comprometida pela adoção de um paradigma jurídico-processual inadequado à hipótese jurisdicionalizada. O resultado foi o não enfrentamento do mérito da ação e, em sentido contrário, a reverberação de um estado de incerteza quanto à constitucionalidade do ato normativo impugnado.

Observamos que a postura jurídica assumida pelos ministros vai de encontro à principiologia processual coletiva, mormente sob a perspectiva do desafio do enfrentamento do mérito coletivo. Prova disso é o acolhimento ministerial de preliminares cujo exame, desatento à particularidade da ordem jurídica e jurisdição democrática que se instauram com a promulgação da CF/88, e acolhimento prejudicou o conhecimento da ação. A primeira destas preliminares concerne à legitimação para agir, a segunda, à possibilidade jurídica do pedido.

Como é cediço, vige no direito processual coletivo os princípios do interesse jurisdicional do conhecimento no mérito coletivo, o da presunção de legitimidade ativa pela afirmação do direito, o do máximo benefício e efetividade da tutela coletiva[591]. Estes princípios confluem para a adoção, principalmente pelo jurista (porquanto responsável pelo manejo técnico do direito), de uma postura prospectiva e ampliativa na atividade jurisdicional: prospectiva, porque comprometida com a investigação e reconhecimento de ameaças e lesões à direitos coletivos; ampliativa, porque propugna por uma abertura na fórmula processual que permita a deformalização procedimental e afloramento do direito, em detrimento da técnica. No caso especifico da ADIn n.2/DF, notamos que o apego ministerial ao texto literal da lei constituiu óbice ao conhecimento da ação: o texto constitucional elenca como legitimado ativo para propositura da ADIn a "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional" (CF/88, art.103, IX). No caso estudado, a ação fora ajuizada por uma federação nacional (FENEN), e não obstante seu âmbito de representação de classe fosse nacional (característica esta que enquadra a FENEN nos termos do art.103, IX, segunda parte, da CF/88), os ministros, como por exemplo Sepúlveda Pertence, não reconheceram a entidade como detentora do grau de representatividade adequada à ação, demonstrando um apego desarrazoado ao texto da lei (a CF/88 fala em confederação, no caso, tratou-se de federação) e total desconhecimento do sentido e alcance da norma invocada. Até mesmo uma interpretação literal permitiria o reconhecimento da legitimação para agir, porquanto a FENEN constitui entidade de classe de âmbito nacional. Não obstante, também a principiologia processual coletiva aponta para o seu

[590] O julgamento da ação é também relevante no que diz respeito à compreensão e delineamento do STF brasileiro, enquanto corte constitucional. Nos votos dos ministros é possível identificar, expressamente, a preocupação dos mesmos em afirmar sua função de guardiões da supremacia constitucional no Estado democrático de direito.

[591] Cf. capítulo 2, p. 203 et seq.

reconhecimento, para além da positivação, os princípios permitem a ilação de que uma representatividade adequada pressuposta.

É importante ressaltar, porquanto a questão da legitimação ativa constitui recorrente temática de discussão na seara processual coletiva, que na esteia da principiologia colacionada está o interesse do Estado e da sociedade em ver conhecidas as ações coletivas, posto que somente após sua admissão em juízo é possível proceder o exame meritório. Sendo assim, também no que diz respeito à tutela coletiva, cujo interesse (seja pela satisfação, seja pelo afastamento de ameaça ou lesão) é de todos, o exame de admissibilidade em juízo, inclusive no que concerne às condições da ação, deve ser feito de modo prospectivo e ampliativo: prospectivo, porque investiga a legitimação dos diversos sujeitos em relação com o direito judicializado; ampliativo, porque não se fecha à realidade maximizando formalismos ou fetichismos jurídico-legais. Na seara coletiva é preciso estar aberto, receptivo à novos direitos, novos sujeitos, novas formas de violação e de proteção.

Conforme consolidado[592], é característica do Estado democrático de direito a adjetivação de seus elementos estruturantes pelo preceito democrático (porquanto o termo democracia qualifica o substantivo "Estado", incidindo, pois, em todos os seus componentes, inclusive na ordem jurídica estabelecida), na hipótese brasileira, notamos um *plus* qualitativo, porquanto referidos elementos estão diretamente comprometidos com os objetivos traçados na CF/88: construir uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova o bem de todos, sem distinção (art.3, inc. I e IV). A jurisdição e a tutela coletiva, imantados por esses objetivos, não possuem outra finalidade que não seja efetivar a justiça social, proteger a dignidade da pessoa humana, garantir o exercício pleno da cidadania e permitir uma convivência pacífica e plural. É nesse sentido que deve se orientar toda e qualquer espécie de tutela. Redobrada atenção merece os casos de jurisdição constitucional, cuja tutela é de direito objetivo, sem lide.

No caso da ADIn n.2/DF, notamos que os ministros refugaram frente à tais escopos, tão próprios da tutela coletiva no Estado democrático de direito. Uma das hipóteses aventadas é o despreparo dos juristas, enquanto responsáveis pelo manejo da técnica jurídica-judicial, para lidar com fenômenos coletivos. Outra hipótese não afastada é o apego dos mesmos à ordem jurídica e contexto político até então vigentes. Nesse sentido, a própria compreensão da ruptura jurídica realizada pela promulgação de uma nova Constituição não foi suficiente para oxigenar a cultura e prática jurídica-judicial predominante. Tanto é verdade que os ministros, como Paulo Brossard,

[592] Cf. capítulo 1, p. 101 et seq.

invocaram em seus votos o argumento de autoridade da tradição jurisprudencial, olvidando que não mais estavam inseridos no mesmo contexto jurídico.

Essas digressões nos permitem concluir que em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deve ser realizado um exame diferenciado no tocante à legitimação para agir, sob pena de, não o fazendo, obstar o direito de acesso à justiça coletiva e, assim, tolher a efetivação do direito material. Nesse sentido, a ADIn n.2/DF é um exemplo a não ser seguido.

A segunda preliminar enfrentada diz respeito à verificação da possibilidade jurídica do pedido. Com exceção dos ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Néri da Silveira, todos os demais entenderam pela impossibilidade jurídica do pedido. Em suma, o argumento predominante é que a análise da constitucionalidade de um ato normativo deve ser realizada face à Constituição vigente no momento de sua emanação. Não bastasse essa motivação, foi encampada a tese de que a ADPF, embora prevista na CF/88, carecia de regulamentação e, portanto, não a ADIn não poderia ser instrumento manejável (postura esta que pareceu insinuar que a efetivação do direito deveria ficar a mercê de posterior edição de regramento quanto ao procedimento a ser adotado). Curioso perceber que o STF, nesse momento inicial do Estado democrático de direito, trilhou caminho perverso no tocante à sua função institucional de dar guarida à Constituição, porquanto adotou postura que refletiu uma completa dissociação entre teoria e prática do controle de constitucionalidade. Isso, porque os ministros acabaram se furtando da análise meritória, utilizando, para tanto, subterfúgios teóricos invocados de modo inapropriado e, novamente, afastados da principiologia e particularidades processuais coletivas.

Dos princípios elencados[593], destacamos o desatendimento do: da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, segundo o qual para a defesa e promoção dos direitos e interesses coletivos deve-se utilizar todos os instrumentos processuais necessários e eficazes; da máxima efetividade do processo coletivo (segundo o qual impõe-se o dever de realizar tantos atos quanto baste para satisfazer o direito); do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva (segundo o qual busca-se resolver, por meio de um só processo, um grande conflito social); o da não taxatividade (segundo o qual para a defesa de direitos coletivos são admissíveis todas as espécies de ações). Na ADIn n.2/DF, os preceitos retromencionados foram desrespeitados em duas ordens de argumentação: a) quanto à impossibilidade jurídica de se realizar a tutela pretendida por meio da via eleita; e b) quanto à impossibilidade jurídica do pedido, porquanto aceita a ideia de que o vício de inconstitucionalidade somente pode ser congênito.

[593] Cf. capítulo 2, p. 203 et seq.

Como dissemos, à época, a ADPF ainda não estava disciplinada (seu regramento foi posterior, em 1999, portanto, onze anos após a edição da CF/88), e o objeto da ADIn n.2/DF coincide com uma das hipóteses de cabimento da ADPF: análise de legislação ordinária editada antes da CF/88, pra verificar se seu conteúdo é materialmente compatível com a Constituição superveniente. Não havendo previsão ritual da ADPF, plenamente possível realizar o controle de constitucionalidade normativa por meio da ADIn, mormente quando o seu objetivo maior é justamente realizar a manutenção da higidez do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a conduta do STF insinuou que a técnica ou forma prevalece sobre a substância ou conteúdo, de modo que a postura propugnada seria, antes, ver perecer de violação contínua direito constitucionalmente protegido (porém, tão meramente no plano abstrato, declarado), do que permitir a adequação de outras vias para satisfazer a pretensão judicializada. É como se divisasse uma teoria (a previsão normativa do controle de constitucionalidade) que não encontrasse aplicação na prática (o manejo dos instrumentos obstacularizando a efetivação do controle).

Outro ponto discutido diz respeito à impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade superveniente. Ao refutar a admissibilidade da inconstitucionalidade superveniente no direito brasileiro, o STF se afastou, quando do julgamento da ADIn n.2/DF, deveras de sua função enquanto corte constitucional. Agrava o fato de que uma lesão à direito constitucional foi posta à sua apreciação e os ministros, a partir de uma interpretação equivocada do regime constitucional instaurado em 1988, sequer analisaram o pedido. Nesse sentido, é de se ressaltar que o bem jurídico tutelado importava milhares de pessoas, sujeitos indeterminados, repercutindo, inclusive, sobre a economia. Nesse caso, percebemos que um artifício técnico (o exame de preliminares) serviu de mote para que o STF fechasse os olhos à realidade (de violação de direito difuso), e descaracterizando a própria funcionalidade das condições da ação e da jurisdição constitucional. Parece, inclusive, que as motivações dos votos ministeriais seguiram uma linha conservadora e eminentemente político-governamental. Naquele momento histórico, de revolução jurídica e definição do papel do STF nesse Estado emergente, os argumentos ministeriais foram ao encontro da afirmação da independência dos poderes, em certa medida desarmônica, inconstitucional.

O argumento jurídico defendido e exposto na ementa do julgamento, careceu de fundamentação, pois os Ministros confundiram ou ignoraram o que venha a ser inconstitucionalidade derivada de vício formal e a de vício material. No caso apreciado, a inconstitucionalidade foi realmente superveniente, pois o conteúdo da nova Constituição era diametralmente oposto ao regrado pela legislação infraconstitucional atacada. Ao contrário do que foi decidido, cremos que a constitucionalidade dos atos normativos, sejam eles quais

forem, deve ser uma atividade inimterrupta, ou seja, a inconstitucionalidade não deriva, única e exclusivamente, de um vício congênito. A concretização da Constituição nos impõe esse posicionamento, sob pena de esvair sua eficácia diante aspectos meramente formais.

3.4.2 Impressões sobre o julgamento da ADPF n.153

O julgamento pela constitucionalidade da Lei de Anistia abre um precedente jurisdicional outrora impensável: a aceitação, pelo poder público, de uma margem necessária e aceitável de violação dos direitos humanos enquanto pressuposto conformador (conformação enquanto conformismo) do Estado democrático de direito brasileiro.

No tocante aos aspectos processuais ou procedimentais, a diferença mais evidente entre o julgamento da ADIn n.2/DF e o da ADPF n.153, diz respeito ao respaldo legal que esta contou, haja vista que o regramento da ADPF foi realizado em 1999 e a ADPF n.153 foi julgada em 2010, portanto, contando com plena certeza de sua possibilidade técnica-instrumental (ao contrário do que ocorreu com a ADIn n.2/DF, julgada antes do regramento em questão) e transcorrida uma década de sua aplicação e estudo. Este fato, aliado ao transcurso de mais de vinte anos de vigência da CF/88 e atuação do STF enquanto corte constitucional no Estado democrático de direito, são variantes que merecem ser destacadas.

Mas o que chama mais atenção é o delineamento dado à jurisdição constitucional no atual contexto. Nos termos dos votos ministeriais analisados, três linhas de argumento sobressaltam como consenso no STF: a) o STF não teria legitimidade para discutir acordos políticos celebrados entre a sociedade civil e a política; b) na transição democrática, de um período ditatorial para outro democrático, houve a celebração de um acordo social, pactuado entre a classe política opressora, os opositores do regime e a sociedade de um modo geral, no qual a pacificação foi barganhada com a concessão da anistia ampla e irrestrita; e c) não cabe revisão de atos políticos (inclusive os normativos) em contexto histórico diferente, o que justificaria a opção do STF em não proceder ao exame de constitucionalidade da lei de anistia na época atual. O entendimento externado pelo STF impõe sérias reflexões sobre o delineamento do Estado democrático de direito, bem como, ao papel desenvolvido pela corte na tutela da constitucionalidade das leis enquanto direito coletivo fundamental.

A ADPF n.153 constituiu parte de um movimento social brasileiro, originado por reivindicações da sociedade (desde há muito demandava a persecução criminal dos agentes da repressão, tendo em vista os inúmeros desaparecimentos, mortes e torturas, até hoje não esclarecidos) e jurisdicionalizado pela OAB, em prol do reconhecimento do acesso à verdade e

à construção da memória nacional brasileira de luta contra a ditadura enquanto direitos humanos fundamentais, interesses estes nuclearmente difusos e cuja essencialidade é latente para a erição da ordem democrática, tal como anunciada pela CF/88. O argumento de que existe um "custo" a ser "pago" pela sociedade para que a mesma possa conviver pacificamente em "democracia", possui repercussões sérias e permite a cogitação de uma nova forma autoritária de manifestação política: a legitimada, a instituída, a supostamente democrática.

Nesse sentido, a tutela coletiva em questão foi utilizada como instrumento de contenção das aspirações sociais e serviu para conformar a realidade (conformação enquanto conformismo) a um consenso imposto de cima para baixo. Ao passar pelo crivo do STF, a análise da constitucionalidade da Lei de Anistia propiciou oportunidade para legitimar, inclusive com a força de coisa julgada, o modo pelo qual ocorreu transição democrática no Brasil, endossando a tese de que, de fato, teria havido um acordo bilateral no passado que importou na descriminalização dos crimes comuns cometidos pelos agentes da repressão.

O Conselho de Segurança da ONU assim define a expressão "justiça de transição":

> A noção de "justiça de transição" discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.[594]

Pela leitura sumária da definição do termo levada a cabo pelo Conselho de Segurança da ONU, percebe-se que o conceito de justiça de transição abarca muito mais do que a esfera judicial, e sua concretização ocorre por meio de práticas que busquem superar os abusos cometidos por regimes de exceção de modo a consolidar a democracia. São exemplos cogitados de práticas transicionais para uma verdadeira democracia: a apuração de denúncias de maus tratos; a investigação do desaparecimento de presos políticos; a valorização da memória nacional como direito humano fundamental (coletivo, diga-se de passagem); a persecução criminal dos agentes responsáveis pela repressão; a indenização das vítimas do regime ditatorial; a divulgação da verdade histórica vivenciada pelo país; entre outras. Pelas hipóteses

[594] ONU. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. In **Revista Anistia Política e Justiça de Transição.** Brasília, n.1, p. 320-351, jan-jun, 2009, p. 325.

aventadas, nota-se que o ocorrido no Brasil, por meio do julgamento da ADPF n.143 foi o oposto, posto que o STF reconheceu a anistia enquanto concedida ampla e irrestritamente a todos que cometeram crimes no passado ditatorial, e que referida descriminalização consiste no custo arcado, consensualmente, pela sociedade, para obter a paz "democrática".

A postura brasileira revela um momento de afirmação histórica do direito à verdade e à memória nacional, no qual a sociedade veio clamar pelo seu reconhecimento. De uma postura letárgica e anestésica, percebemos o despertar e o movimentar dos cidadãos e instituições entorno da temática da democracia, notadamente logrando reafirmá-la, para melhor distinguir os tempos "democráticos" que vivemos do passado "obscuro" e ditatorial. Contudo, o Estado brasileiro, por meio de um dos seus Poderes constituídos (o Judiciário), mostra uma relutância em aceitar esse afloramento natural de direitos humanos. O mais notável, nesse caso, é a cooptação[595] com a qual o Judiciário, por meio de sua mais alta corte, foi subjugado. A legislação nacional e internacional concernente à tutela dos direitos humanos já bastaria para afastar uma interpretação ofensiva que a Lei de Anistia possa fazer aos mesmos. Contudo, optou-se pela via mais tormentosa, pela legitimação de sua violação sistemática, pela negação judicial do afloramento desses novos direitos, que foram revelados pelas contingências sociais.

Notamos que no julgamento da ADPF n.153 não houve a invocação de subterfúgios de ordem preliminar que pudessem, talvez, obstar o enfrentamento do mérito da ação. Não obstante, após o conhecimento da ação, percebemos a persistência de uma postura (pensamento ou cultura) equivocada dos ministros no que diz respeito ao exame de constitucionalidade e ao modo como enfrentaram o mérito da ação. Ao invocarem o "argumento histórico" para fundamentar decisão pela constitucionalidade da Lei de Anistia, que diametral e diretamente afronta o conteúdo material da CF/88, os ministros do STF condenaram em ineficácia o princípio da proteção do Estado democrático de direito[596] (CF/88, arts.1º e 102, *caput*), segundo o qual aquele tribunal, porquanto guardião da Constituição, possui o dever constitucional de

---

[595] Com base na leitura de Simon Schwartzman, entendemos que este fenômeno se refere a um sistema específico de participação política que se caracteriza por ser débil, dependente, controlado hierarquicamente ou "de cima para baixo". SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do Autoritarismo brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Campus, 1988.

[596] Importante ressaltar que, no tocante às ações de controle concentrado de constitucionalidade, vige, também, uma principiologia específica, porquanto cogitada a partir das especificidades da tutela do direito objetivo, a saber: a) princípio da proteção do Estado democrático de direito; b) princípio do devido processo legal como cláusula constitucional interpretativa vinculatória genérica de dimensão processual e substancial; c) princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação; d) princípio da supremacia da Constituição; e) princípio da interpretação conforme a Constituição; f) princípio da presunção de legitimidade da lei e dos atos normativos do Poder Público; g) princípio da indesistibilidade da ação objetiva de controle em abstrato de constitucionalidade. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235 et seq.

protegê-lo, inclusive afastando lesão ou ameaça à direitos fundamentais e realizando o controle efetivo de constitucionalidade.[597]

3.4.3 Inadequação do paradigma jurídico-processual civil

Pela análise dos julgamentos da ADIn n.2/DF e ADPF n.153, pudemos constatar a inadequação do paradigma jurídico-processual civil em atender tais demandas coletivas, pertencentes à jurisdição constitucional. Referida inadequação pode ser constada em diferentes momentos: a) no exame das matérias preliminares, especificamente, a.1) quanto à legitimação para agir e a.2) à possibilidade jurídica do pedido; b) no exame do mérito da demanda, seja b.1) pela resistência do tribunal em reconhecer direitos que não estão previstos em lei, seja b.2) pela letargia de sua atuação, evidenciando uma cultura jurídica (no judiciário e dos juristas) relutante em promover a transformação social e a construção da democracia também no palco judicial.

A legitimação para agir é um desafio atual e persistente na seara da tutela coletiva. Segundo Luciano Velasque Rocha[598], é preciso abordar a noção de legitimidade para agir de tal maneira que seja possível abarcar a nova fenomenologia das ações coletivas, o que impõe a adoção de um olhar que seja a um só tempo prospectivo (posto que voltado para atender as novas contingências e realidade) e retrospectivo (posto que o arcabouço teórico-normativo do processo civil deverá ser revisitado). "É preciso que sejam com combinadas a reverência ao aparato conceitual formulado pelos grandes processualistas do passado e a saudável atitude de abertura ao *novo*, que deve caracterizar todo pesquisador."[599] Sem essa preocupação em vista, a análise da legitimação par agir permanece atrelada à um paradigma processual individual, no qual o titular do direito e da ação são facilmente identificáveis. Essa visão (limitada) está impregnada, por exemplo, nos votos ministeriais que entenderam pela ilegitimidade da FENEN, enquanto entidade de classe de âmbito nacional, em figurar no pólo ativo da ADIn n.2/DF. As ações coletivas, incluídas as da jurisdição constitucional, foram, por muito tempo, desenvolvidas em um modelo judicial cujo monopólio de seu ajuizamento encontrou nas instituições públicas-estatais um domínio certo. Nesse sentido, percebemos a proeminência do

[597] "Em seus julgamentos, o STF tem que buscar fundamento para suas decisões nos direitos e garantias constitucionais fundamentais e nos demais preceitos constitucionais fundamentais inerentes ao Estado democrático de direito – só assim é que o Pretório Excelso poderá legitimar suas decisões no controle concentrado de constitucionalidade". Ibid., p. 236.

[598] ROCHA, Luciano Velasque. **Ações coletivas:** o problema da legitimidade para agir. São Paulo: Forense, 2007.

[599] Ibid., p. 1. (grifo do autor).

Ministério Público[600] e outros entes estatais (AGU, Procuradorias, DPE, DPU) como responsáveis pelo ajuizamento de ACP. A constância desses entes no pólo ativo da demanda acarretou a errônea impressão de que somente eles são sujeitos legítimos e capazes de intentá-lo. Não é com espanto que verificamos a relutância do STF em admitir uma entidade de classe com nomenclatura diversa da prevista no texto constitucional como legítima. Não é com espanto, também, que presenciamos um contexto jurídico-judicial que têm preconizado a verificação da adequação na representatividade de entes e natureza não estatal quando intentam ações coletivas, postura essa que têm construído um juízo de admissibilidade que termina por obstacularizar o acesso a justiça coletiva por sujeitos não estatais. Agrava o fato de que muitas das ações coletivas ajuizadas tem como requerido, justamente, o Estado, o que contribui para uma situação judicial, no mínimo, paradoxal: agentes do Estado postulando direitos estatais perante o próprio Estado e sendo julgado pelo órgão jurisdicional do mesmo.

A possibilidade de outros sujeitos, principalmente os movimentos sociais, as associações civis, as entidades de classe, reivindicarem seus direitos diretamente no Judiciário, sem a intervenção de um patrono ou ente público (Ministério Público, Procuradorias do Estado e do Município, Defensoria Pública), integra um processo de ampliação ao acesso à justiça, na medida em que estimula a participação popular e admite essa forma organizativa como elemento social autônomo e apto a requerer a tutela de seus direitos e interesses. Representa, para além da emancipação social frente ao Estado, a possibilidade de incrementar uma cultura associativista ou cooperativa de tutela jurídica, que entendemos que vem suprir um déficit democrático exatamente no que diz respeito à crise gerada no âmbito da dissociação da representatividade. A postulação direta, sem intermediários organizativos estatais, legitima essa forma de associação e, mais, permite o incremento de uma cultura reconhecedora de sujeitos plurais. Além disso, devemos ressaltar a possível melhora no que tange a própria formulação da pretensão judicial, já que sua realização poderá contar com uma participação e articulação mais próxima dos diretamente interessados.

Essas problematizações também guardam correspondência com a constatada dificuldade de enfrentamento de outra matéria preliminar: a possibilidade jurídica do

---

[600] Para comprovar nosso argumento, colacionamos dados obtidos por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos em estudo de campo realizado no Estado do Rio de Janeiro. Segundo eles, entre 1996 e 2001, das ACP ajuizadas, 42,7% tiveram como autor o MP, 16,2% a Prefeitura, 1,1% o Governo estadual, 0,5% o Governo federal, 1,6% a Defensoria Pública, 24,3% as associações de consumidores, 4,3% outras associações e 5,9% sindicatos e associações profissionais. Nota-se, com esse exemplo do RJ, que 62,1% das ACP foram ajuizadas por entes público-estatais. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 433.

pedido[601]. Nossos apontamentos irão aproximar as experiências da ADPF n.153 no tocante ao enfrentamento do mérito da demanda e da ADIn n.2/DF quanto à preliminar indicada. Nestes casos, ficou constatada a interpretação restritiva das pretensões tuteláveis via coletiva, postura esta que desencadeou, a nosso ver, decisões verdadeiramente inconstitucionais, posto que endossaram a perpetração de vícios de inconstitucionalidade vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Não bastasse, a ADPF n.153, para além de maculação da higidez constitucional, corroborou a violação sistêmica (agora legitimada pelo Estado-jurisdição) de direitos humanos fundamentais, de natureza difusa, tais como o direito à verdade e à memória nacional de luta contra a ditadura.

No caso da ADIn n.2/DF, o STF se furtou a elidir vício de inconstitucionalidade alegando falta de previsão expressa na CF/88 de norma permissiva do controle de inconstitucionalidade superveniente. O argumento utilizado para restringir o âmbito de análise na jurisdição constitucional foi o de que a verificação da constitucionalidade deve ser feita no seu contexto histórico-constitucional de promulgação. No caso da ADF n.153, o STF não se furtou de apreciar o mérito, mas reverberou a tradição já prenunciada quando do julgamento da ADIn n.2/DF, e invocou o método de interpretação histórica para justificar seu julgamento pela constitucionalidade da Lei de Anistia. Em ambos os casos, o tribunal endossou uma interpretação restritiva da tutela do direito difuso de controle de constitucionalidade.

O julgamento da ADPF n.153 sinaliza, também, a dificuldade no reconhecimento do dever de tutela dos direitos não positivados pelo Estado democrático de direito. Não obstante os Ministros tenham reconhecido a verdade e a memória nacional como direitos fundamentais no Brasil, sua decisão vai em direção oposta, qual seja, a de sua violação. Assim como alguns direitos humanos fundamentais jazem inertes, declarados em letra morta de lei (*v.g.* direito à saúde e direito ao trabalho, conforme previsão constitucional: CF/88, art.6, *caput*), também aqueles de natureza coletiva jazem amorfos, declarados mas não efetivados pelo Judiciário. Na esteia desse entendimento, percebemos uma prática judicial extremamente limitada no tocante ao reconhecimento e proteção de direitos coletivos, posto que o exercício da tutela encontra-se, ainda, inserido no contexto de institucionalização estatal dos sujeitos (legitimados ativos) e dos direitos (possibilidade jurídica do pedido).

---

[601] "Ultrapassadas as barreiras da legitimação ativa e do interesse processual, deve, finalmente, o autor conformar sua pretensão a parâmetros aceitáveis dentro do ordenamento jurídico invocado, atendendo, assim, à chamada possibilidade jurídica do pedido, que, sinteticamente, representa a viabilidade da tutela pleiteada, que repousa tanto na teórica admissibilidade do pedido deduzido como, também, da sua pertinente causa de pedir, conjugadamente analisados." VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 247.

A partir dessas experiências, é possível especular as dificuldades enfrentadas em postulações que tenham lastro em contingências reais mas que não estão abarcadas pelo paradigma estatal-positivo do direito: a relação jurídica hipotética (titularidade determinada) estabelecida entre o sujeito abstrato (autônomo e determinado) do direito (estatizado e positivado) e o bem jurídico (privado, fungível e material) tutelado não atendem às aspirações e necessidades das relações e conflitos coletivos. Tais pretensões, se não desvencilhadas do paradigma processual individualista e patrimonial vigente, restarão insatisfeitas.

3.4.4 A conformação-conformista

A conclusão parcial a que chegamos ao final da análise dos casos propostos, é que os instrumentos processuais coletivos podem ser utilizados para impor uma resignação da realidade a uma situação jurídica determinada. Nesses casos, por haver o endosso judicial da perpetração de diferentes formas de negação e violação de direitos coletivos, entendemos que não houve a efetivação da tutela coletiva, uma vez que esta pressupõe a proteção do direito. Percebemos que a tutela coletiva, enquanto instrumento prospectivo do Estado democrático de direito, pode ser manuseada para atingir escopos diametralmente opostos aos da democracia, bem como, ao de seus elementos estruturantes, tal como disposto na CF/88. Nesse sentido, podemos concluir que é possível haver um uso conformista da tutela coletiva. Nos casos analisados, percebemos que o direito coletivo posto à apreciação judicial não foi efetivado e, portanto, a pretensão à tutela restou insatisfeita, ou seja, a judicialização, em si, foi ineficaz, pois a lesão e ameaça ao direito vindicado continuou sendo perpetrada na realidade. A tutela coletiva, nesses casos, age configurando um Estado que se declara democrático de direito, porém, tão somente no plano teórico, já que, no plano real, conforma as pretensões em moldes impostos e violadores dos direitos coletivos.

O desafio é identificar em que medida essa realidade se projeta como irrefutável, certa, absoluta, e em que medida é possível fazer um uso alternativo do direito e da tutela, para abrir perspectivas de conformação enquanto configuração, enquanto construção de um projeto de direito e de Estado de liberdade, de emancipação do sujeito e de transformação social.

Retomamos o existencialismo de Albert Camus para propugnar pelo enfrentamento do absurdo. O estudo de caso serviu-nos para constatar o absurdo, e a absurdidade, uma vez experimentada, exige enfrentamento. É optando pela ressignificação da tutela coletiva que enxergamos um horizonte de construção da democracia, na qual o campo judicial emerge como um dos locais de discussão e deliberação democrática, porém não o único. É optando

em enxergar o direito processual segundo o viés instrumental e da efetividade que conseguimos suportar a realidade, fazendo de nossa existência enquanto sociedade maior do que nosso próprio destino. É tomando consciência da existência de estruturas institucionalizadas e totalizantes que conseguimos vislumbrar os liames do campo violatório dos direitos coletivos para, então, poder superá-lo. Talvez, diria Camus: é optando pela vida, refutando o suicídio, que conseguimos caminhar. Afinal, viver uma experiência, um destino é aceitá-lo plenamente.

O existencialismo camusiano propugna:

> *Una de las únicas posiciones filosóficas coherentes es, por lo tanto, la rebelión. Es una confrontación perpetua del hombre con su propia oscuridad. Es exigencia de una transparencia imposible. Vuelve a poner al mundo en duda en cada uno de sus segundos. Así como el peligro proporciona al hombre la irreemplazable ocasión de asirlo, también la rebelión metafísica extiende la consciencia a todo lo largo de la experiencia. Es esa presencia constante del hombre ante sí mismo. No es aspiración, pues carece de esperanza. Esta rebelión es la seguridad de un destino aplastante, menos la resignación que debería acompañarla.*[602]

Frente ao absurdo do uso conformador da tutela coletiva, encontramos na rebelião (contra o conformismo, a resignação de sua deformação) a postura metodológica, ideológica, filosófica necessária para a efetivação dos direitos coletivos. Referida rebelião pressupõe a confrontação com o absurdo, nessa oportunidade constatada pela análise de casos empíricos, tradicionalmente dissimulado por fórmulas jurídico-processuais (*v.g.*, o exame das preliminares de mérito) e práticas institucionais (*v.g.* jurisdição constitucional no STF), as quais compõem o espetáculo do aviltamento do Estado democrático de direito. Referida rebelião depende, pois, da postura assumida pelo jurista frente o absurdo do uso conformista da tutela coletiva: resignar-se, cometendo o suicídio filosófico (que em direito corresponderia à sujeição ao paradigma jurídico-processual civil, de índole individual e patrimonial); ou assumir a revolta (no caso, propugnando por um novo paradigma jurídico-processual coletivo). Para Caio Jesus Granduque José:

> Para além do *suicídio intelectual* ou *filosófico*, outra atitude, todavia, é possível de se adotar diante do *absurdo*. Trata-se da *revolta*, seja em sua vertente metafísica, seja em sua vertente histórica.
> A *revolta metafísica* é o movimento pelo qual o homem se insurge contra o *absurdo* de sua condição e contra a criação, contestando, portanto, os seus fins e exigindo uma transparência impossível diante do silêncio do mundo.
> Já a *revolta histórica* é aquela vertida contra situações de injustiça produzidas pelos homens, concretamente vivenciadas e incompreensíveis, de sorte a

[602] CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007. p. 68.

> engendrar direitos, valores e, sobretudo, uma moral fundada na solidariedade humana.
> Em suma, a *revolta* é um impulso em direção à solidariedade, na medida em que o revoltado toma ciência do *absurdo* da condição humana, em que todos são *estrangeiros* num *exílio* comum, lutando para a construção de um relativo *reino* no qual todos possam, de maneira mais fácil, buscar a felicidade; daí o aforismo camusiano: *eu me revolto, logo existimos*.[603]

O jurista revoltado seria aquele que experimenta a absurdidade perante a ocultação da violação de direitos e ousa dizer não à sua inserção nessa sistemática. Ousa não renuncia o direito como instrumento de libertação e emancipação, seja por meio de práticas pedagógicas, seja pela via judicial, ou por outras vias de possível traquejo jurídico. Ousa dizer não ao silêncio despropositado dos sistemas jurídicos, para então dizer sim a valores que sustentam a dignidade humana e dão vida à própria revolta[604].

Imbuídos desse sentimento de absurdidade e revolta refutamos o uso conformista da tutela coletiva brasileira, e passamos a analisar o seu uso enquanto prática de libertação.

---

[603] JOSÉ, Caio Jesus Granduque. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo,** Franca, ano 1, v. 1, 2011. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>. Acesso em: 31 jul. 2011. p. 25. (grifo do autor).

[604] JOSÉ, Caio Jesus Granduque. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo,** Franca, ano 1, v. 1, 2011. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>. Acesso em: 31 jul. 2011. p. 26.

CAPÍTULO 4 TUTELA COLETIVA E A CONFORMAÇÃO LIBERTÁRIA

> Não podemos ser indiferentes ao horror. Como também não devemos abandonar a luta por conseguir maiores cotas de dignidade para todas e para todos.
>
> Joaquín Herrera Flores, 2009.

No terceiro capítulo, concluímos que os instrumentos processuais coletivos podem ser utilizados para resignar a realidade a uma situação jurídica determinada. Trata-se de conclusão parcial e ainda incompleta, porquanto não identificamos "o quê" determina tais situações jurídicas. Nesse ponto, resgatamos o recorte temático de nossa pesquisa, que coincide com nossa opção metodológica em analisar o Estado democrático de direito: a partir da promulgação da CF/88, são os fundamentos, as estruturas e os objetivos elencados no texto[605] constitucional[606] que circunscreverão os limites os quais determinarão toda e qualquer situação jurídica. Não obstante, restou comprado, pelos casos estudados (ADIn n.2/DF e ADPF n.153), que é possível haver um uso deformado da tutela coletiva, na medida em que, ao invés de efetivar direitos coletivos, as mesmas podem servir de mecanismos de perpetração de violações dos mesmos. Nesse sentido, a tutela – seja no sentido de proteção invocada, seja no sentido de atividade jurisdicional realizada pelo Estado-juiz – resta descaracterizada, pois não consegue cumprir seu desiderato: é a jurisdição legitimando a lesão ou ameaça à direito coletivo, deturpando a tutela e fazendo dela o instrumento de manutenção das coisas como estão. E pior: em violação que ocorre perante e pelo Estado sob a véstice de coisa julgada!

Ocorre que esse uso (deformado) da tutela coletiva, não é o único possível, nem é o adequado ou necessário. Nossa opção em revelá-lo é justamente para combatê-lo, vindicar pelo seu contrário, qual seja: o uso da tutela coletiva enquanto instrumento de construção, de configuração da democracia. Uma democracia que se concretize no plano real, que não se limite ao texto da lei e nem se descaracterize em retórica. Para tanto, crucial invocar, uma vez mais, o existencialismo camusiano, que nos auxiliou no início deste trabalho e nos acompanha

---

[605] "O nascimento da norma, [inclusive em nível constitucional] geralmente não põe fim às expectativas opostas. Daí que a vida da lei segue sendo instável, precária e mesmo descartável. Assim como a hipertrofia legislativa, a variabilidade normativa é outro sintoma da perda da capacidade regulatória do direito. O conflito social moderno, como assinalou Dahrendorf, gira em torno da expansão de direitos. Isso equivale a dizer que o direito é, simultaneamente, parte e resultado dessa conflituosidade, o que lhe retira boa dose da estabilidade e previsibilidade próprias da racionalidade formal." CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2002. p.42.

[606] CF/88, arts. 1º, caput e inc.I a V, e 3º, como exemplos para conferência.

a cada passo pisado: é preciso dizer não ao uso conformador-conformista da tutela coletiva! Uma vez experimentada a absurdidade perante a constatação do aviltamento dos direitos coletivos (tal como demonstrado no terceiro capítulo) é preciso ousar negar nossa inserção nessa sistemática conformista, bem como, refutar a resignação! Nossa forma de fazê-lo é justamente propugnando por um uso alternativo do direito: lutar por uma tutela coletiva que instrumentalize a libertação, a emancipação.

"Não podemos ser indiferentes ao horror", dirá Joaquín Herrera Flores[607], "Como também não devemos abandonar a luta por conseguir maiores cotas de dignidade para todas e para todos". É preciso reafirmar nosso compromisso ético-político, o nosso modo de inserção no direito e na sociedade, porquanto seus reflexos serão sentidos, inclusive, no âmbito científico: questionar as relações de poder instituídas e as práticas institucionais consentidas, buscando efetivar a justiça coletiva enquanto megaelemento necessário para alcançar uma democracia que se concretiza no plano real.[608] O desafio a ser enfrentado é justamente identificar o arcabouço teórico-epistemológico que dê conta de satisfazer referido desiderato.

Percebemos a insuficiência das análises puramente dogmáticas, porquanto possibilitam a deformação da tutela coletiva; percebemos a insuficiência do referencial teórico processualista, porquanto majoritariamente composto por análises fragmentárias do direito processual, inclusive em construções que partem de um paradigma inadequado para atender às aspirações coletivas; percebemos, também, a insuficiência que uma análise "jurídica pura" representaria para embasar um posicionamento emancipatório, libertário. Identificamos, após a constatação dessas inúmeras limitações, na teoria crítica uma possibilidade.

---

[607] FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. vii.

[608] "Como afirmou Virginia Woolf em 'Um teto todo seu' e sentenciou Umberto Eco em seu pós-escrito 'O nome da rosa', ao iniciarmos todo trabalho de investigação – quer dizer, ao aventurar-se em um tipo concreto e determinado de aprendizagem epistemológica, ontológica, ética e, certamente, política, no que diz respeito a um tema específico –, devemos ter muito claras as suposições (Wolf) ou as decisões iniciais (Eco) que no desenvolvimento da pesquisa vão condicionar (ainda que não a determinar absolutamente) tanto a proposta como os resultados de referido trabalho). [...] Desde o começo, então, vemo-nos na obrigação de mostrar publicamente os marcos a partir dos quais vamos refletir teoricamente e propor práticas sociais críticas, contextualizadas e contra-hegemônicas dos direitos. Sobretudo, porque nos comprometemos, desde o princípio, com todas aquelas pessoas que lutam cotidianamente por criar condições para uma vida digna e que necessitam de planos de consistência teóricos e práticos para enfrentar um mundo tão repleto de injustiças, opressões e exclusões como o que nos tocou viver. Quer dizer, devemos trazer à tona as decisões e obrigações que assumimos na hora de abordar problemáticas nas quais estão implicados diretamente seres humanos concretos e reais. Seres humanos com os quais (e para os quais) trabalhamos. Sendo, portanto, de uma relevância crucial exibir publicamente os planos, formas e compromissos a partir dos quais vamos sustentar opiniões, formular perguntas e propor soluções que nos encaminhem para uma ideia concreta e crítica de dignidade." FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13-15.

Mas o que entendemos por teoria crítica?

Colacionamos conceito estabelecido por Antônio Carlos Wolkmer:

> Uma teoria de perspectiva crítica opera na busca de libertar o sujeito de sua condição histórica de um ser negado e de um ser excluído do mundo da vida com dignidade. A 'crítica', como saber cognitivo e exercício de emancipação, tem de revelar o grau de alienação e de automação vivenciado pelo homem que, na maioria das vezes, não tem real e verdadeira consciência dos processos determinantes e aviltantes que inculcam representações míticas. Com efeito, a 'teoria crítica', aqui considerada como dimensão epistemológica e sociopolítica, tem um papel pedagógico transgressor, à medida que se torna mecanismo operante correto para conscientização, resistência e emancipação, incorporando as esperanças, intentos e carências de sociabilidades que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão.[609]

A teoria crítica seria um eixo epistemológico hábil a propiciar um não encantamento pela falácia dos direitos e da tutela coletiva, posto que pressupõe o desvelamento das representações em um nível visceral. Mais do que o desvelar do absurdo, essa postura encampada pela teoria crítica abre perspectivas para a incorporação do existencialismo camusiano, tal como insistimos adotar, pois adota a esperança e a resistência como parâmetros de combate. Inclusive em nível ideológico. É nesse movimento de desalienação e de refutação da automoção tecnicista do jurista e do direito que nos colocamos nesse momento, sabendo de nossas limitações, porém, com a certeza da honestidade de nossos propósitos, insistentemente (re)afirmados ao longo de nossa exposição.

Neste capítulo final (ou a guisa de esperança), trabalharemos com referenciais teóricos específicos da teoria crítica dos direitos humanos (Joaquín Herrera Flores[610], Helio Gallardo[611] e David Sánchez Rúbio[612]), à filosofia da libertação (Enrique Dussel[613] e Celso Ludwig[614]) e à

---

[609] WOLKMER, Antônio Carlos. Prefácio. p. xiv. In: FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13-15.

[610] FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009; **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[611] GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos**.** Sevilla: David Sanchez Rubio editor, [19--].

[612] RUBIO, David Sanchez. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos).

[613] DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I).

[614] LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

sociologia jurídica crítica (José Eduardo Campos de Oliveira Faria[615] e Boaventura de Sousa Santos[616]), visando oxigenar as dogmáticas reflexões jurídico-processuais que pairam sobre a tutela coletiva brasileira[617]. Ao bem da verdade, o presente capítulo serve de contraponto, porquanto a doutrina processual dominante[618] é silente no tocante ao enfrentamento do paradigma jurídico-processual hegemônico. Nossa hipótese é que referido paradigma possui uma tez individual e patrimonial, e está inserido em uma totalidade jurídica que submete e prejudica a efetivação dos direitos coletivos. Agrava o fato de que a própria concepção do que sejam direitos coletivos é afetada pela ótica da totalidade, e em seu uso tradicional corresponde àquela gama de direitos reconhecida pelo recepcionada pelo Estado como tais. É dizer: direitos coletivos são aqueles estatizados ou institucionalizados pelo Estado de forma plasmada em algum documento normativo. Estes problemas (paradigma jurídico-processual dominante e noção estreita do que sejam direitos coletivos) tolhem a eficácia da tutela coletiva brasileira. Nesse sentido, urge propugnar: a) pela inserção da efetividade enquanto critério de valoração normativa; b) pela erupção de um paradigma jurídico-processual diverso do vigente; c) pelo redimensionamento da tutela (processo e jurisdição) em atendimento às aspirações coletivas e à ordem instaurada pela CF/88; d) pela ressignificação dos próprios direitos coletivos.

Nossa perspectiva é que, contextualizada em um Estado democrático de direito, a ressignificação da jurisdição enquanto instrumento ético-político de participação dos sujeitos na tutela pelo processo tome um posicionamento nuclear na ciência processual (coletiva), centralidade esta até então ocupada pela noção de lide ou ação. Trata-se, portanto, de perspectiva que enxerga na tutela coletiva (e seu contexto jurisdicional) uma via ou lócus de construção da democracia. Não pretendemos ocultar toda a dominação e opressão que pode ser (e é) feita a partir das estruturas jurídicas institucionalizadas[619], mas vislumbramos

---

[615] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

[616] SANTOS, Boaventura Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos).

[617] Agradecemos aos pertinentes apontamentos realizados pelo doutor David Sánchez Rubio, que, em tempo, nos indicou a obra de Boaventura de Sousa Santos para reforçar nossa linha de argumentação.

[618] Por "doutrina processual dominante", referimos aos referenciais teóricos comumente aceitos, consultados e reproduzidos na seara processual coletiva. Em outras palavras, remetemos às obras mais consumidas na temática do processo coletivo.

[619] Não ignoramos que o Direito é tradicionalmente uma ciência e técnica manipulada por uma elite burocrático-conservadora. O acesso a justiça tem como maior obstáculo as próprias características que qualificam o Direito, por ser um universo elitista e prolixo. Citamos, como exemplo, o modo de composição do quadro da magistratura brasileira: o acesso à carreira ocorre por meio de provas e títulos, e os integrantes dela são majoritariamente provenientes da classe média (principalmente devido aos altos recursos materiais que são necessários para que um sujeito curse uma graduação e direito e se dedique aos estudos preparatórios para o concurso); o acesso aos tribunais ocorre por meio de critérios de antiguidade e merecimento (indicando uma hierarquização nos quadros da carreira, bem como, a existência de critérios subjetivos para acesso á instância superior); tudo são indícios de uma institucionalização calcada em critérios elitistas. Referida institucionalização acaba refletindo os ideias e ideias de uma determinada classe social, da qual os próprios juízes são oriundos.

também sua potência para: ressignificar o direito processual civil, torneando-o enquanto prática solidária e cooperativa; propiciar a abertura da consciência jurídica para uma cultura de cidadania e participação democrática; tornar visíveis realidades ofuscadas pelo paradigma hegemônico de direito e sociedade; concretizar valores humanistas e construir novos espaços de relações sociais; vislumbrar novas formas de cognição do direito e do justo; transformar a realidade; emancipar o sujeito; ressignificar o direito enquanto expressão de liberdade.

Para inaugurar nossa linha argumentativa, tratemos das ações coletivas enquanto novas arenas de conflitos, que contrapõem os indivíduos e grupos sociais, organizados ou eventuais, ao Estado e às empresas, exigindo novas formas de regulação democrática. Buscaremos lastrear nosso entendimento em pesquisa empírica realizada pelo instituto virtual "A democracia e os três poderes no Brasil", tomando emprestados os seus resultados[620]. Também lastrearemos nosso entendimento em dados estatísticos e experiências reais, de ações coletivas cujo uso instrumentalizou, efetivamente, a tutela dos direitos coletivos afetos. Evidenciado o uso alternativo que pode ser feito da tutela coletiva, passaremos a analisar suas aspirações em comum, bem como, suas repercussões jurídico-processuais, com destaque para a releitura das condições da ação a partir das contingências metaindividuais. Nesse momento, será possível vislumbrar uma exterioridade jurídico-processual, conforme as categorias dusselianas de totalidade/exterioridade, porquanto consideramos que "Sem exterioridade não há liberdade nem pessoa. [...] porque o homem só se reconhece e se constitui como homem na proximidade, jamais na pura distância solipsista."[621] Esse ponto de partida da exterioridade é tido por nós como necessário, principalmente, no contexto latinoamericano, aí incluído o Brasil. É pela exterioridade que o pobre, o oprimido, a mulher, o marginalizado, o criminalizado, conseguem ter seus rostos vistos pelo sistema, revelando sua existência, provocando a totalidade na medida em que afirmam: somos reais!

---

[620] Os resultados das pesquisas foram publicados no formato de livro organizado por Luiz Werneck Vianna em 2002 e estruturado em oito capítulos, a saber: "Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes", por Gisele Cittadino; "Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política", por José Eisenberg; "A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil", por Manuel Palacios Cunha Melo; "A produção legislativa do congresso: entre a paróquia e a nação", por Octávio Amorim Neto e Fabiano Santos"; "O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática", por Charles Pessanha; "O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao novo intervencionismo regulatório", por Renato R. Boschi e Maria Regina Soares de Lima; "A participação eleitoral no Brasil", por Jairo Nicolau; "Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil", por Maria Alice Rezende de Carvalho"; e "Revolução processual do direito e democracia progressiva", por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos". Não utilizamos todos os capítulos, porquanto nossa dissertação possui objeto delimitado de estudo. Optamos, então, por somente enunciar as partes que compõe a pesquisa total do instituto virtual, e, quanto aos capítulos efetivamente consultados, estes serão referenciados ao longo da exposição.

[621] DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 51.

4.1 A democracia e os três poderes no Brasil

O instituto virtual[622] "A democracia e os três poderes no Brasil", criado no ano 2000 a partir de um convênio firmado entre as instituições de pesquisa Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa (FAPERJ) e Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), teve como um de seus propósitos de investigação do relacionamento entre os poderes constituídos[623], a temática das possibilidades de dotação da sociedade de procedimentos que levem à realização de ideais de justiça, em um contexto histórico-político específico, qual seja, o Brasil. A hipótese central de trabalho do instituto é que a democracia brasileira, em nível institucional, apresenta um déficit no modo de seu funcionamento que, tudo permanecendo constante, "[...] poderia pervertê-la [a democracia] em um sistema de procedimentos formalizados que venha a se fechar às expectativas e às demandas sociais."[624] Referido déficit, cunhado como "déficit democrático", poderia ser sinteticamente definido como fenômeno da dissociação crônica entre representantes e representados[625] e que, no âmbito da tutela, pode ser identificado na dissociação entre jurisdição e jurisdicionados, ou entre direitos declarados e os efetivados. O déficit democrático também pode ser explicado a partir do interrelacionamento entre os poderes constituídos, principalmente, pela

---

[622] Segundo informações coletadas na obra que veiculou as pesquisas do instituto, a sua virtualidade constituiu característica que possibilitou aliar "[...] a economia da informalidade combinada com os ganhos de um trabalho coletivo organizado em torno de um conjunto de hipóteses comuns a todos os pesquisadores." Os pesquisadores envolvidos são todos docentes de cinco centros universitários: do Departamento de Direito e de Sociologia da PUC-RJ; do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da UFRJ; da Faculdade de Educação da UFJF; e o IUPERJ. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 7.

[623] Nos termos do art.2 da CF/88, "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

[624] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 8.

[625] Ibid., p. 8-9. "Tal déficit se faria indicar pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, principalmente em matérias que não satisfazem a cláusula de reserva de emergência prevista na Constituição, importando em um processo de tomada de decisões que se vem subtraindo à formação da opinião tanto no âmbito parlamentar quanto no da sociedade civil, nas questões estratégicas para os rumos da sociedade. A ultrapassagem da deliberação parlamentar, cujo sintoma mais visível será nas sucessivas reedições das Medidas Provisórias, que ganham eficácia sem passar elo crivo da controvérsia e da aprovação da representação popular, expressaria o atual estado de assimetria entre esses dois Poderes. O fato de essa ultrapassagem se revestir de uma aparência consensual – o Parlamento opta por não votar as Medidas Provisórias – apenas camuflaria os complexos mecanismos de cooptação com que o Executivo tem agido sobre grande parte da sua maioria parlamentar, concedendo a ela, em contrapartida ao seu silêncio obsequioso, a liberação de recursos para projetos de interesses de suas bases eleitorais.

A partir dessa delegação de vontade por parte do soberano, tem-se gerado um circuito vicioso que vai das relações entre o vértice do Executivo com as bases locais, mediadas pelas clientelas jurisdicionadas pelos parlamentares com acesso aos recursos do poder político, à política assistencialista com que o governo tem buscado se legitimar. É nesse circuito que se reforça a dissociação, crônica no país, entre representantes e representados, e se opera a redução da cidadania a uma massa passiva, mero objeto de políticas compensatórias e dos eventuais benefícios provenientes das máquinas que manipulam clientelas."

proeminência do Executivo sobre o Legislativo, e em omissões de ambos que induzem os cidadãos a recorrerem ao terceiro poder, o Judiciário, para reivindicarem seus direitos.

> Como reação aos efeitos do estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, de um lado, e da primazia do Executivo concedida à esfera sistêmica da economia, de outro, tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo.[626]

Notamos, portanto, a afinidade da hipótese de estudo do instituto com o nosso objeto de análise: a partir da intermediação do poder Judiciário, é possível vislumbrar a jurisdição coletiva como palco de discussão das tramas sociais, nas quais os próprios sujeitos, organizados em torno de objetivos e interesses comuns, atuam para concretizar suas demandas de cidadania[627]; nessa seara, é possível inferir a tutela coletiva enquanto lócus aberto à participação dos cidadãos (pelo processo) para que reivindiquem judicialmente seus direitos e interesses. É nesse sentido que percebemos jurisdição enquanto instrumento ético-político de participação dos sujeitos, tornando a arena judicial um dos espaços, e não exclusiva ou preferencialmente[628], para discussão e construção da democracia (e cidadania). Por meio dos

---

[626] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 10.

[627] Dentre as demandas para concretização da cidadania, podemos citar como exemplos: ações que buscam efetivar o direito à saúde (*v.g.* deferimento judicial de medicação de alto custo, disponibilização de leitos em hospitais públicos, fornecimento de transporte à paciente para que realize seu tratamento médico), à moradia (*v.g.* desapropriação para fins de moradia, manutenção na posse de terras improdutivas ocupadas pelo MST), à dignidade (*v.g.* construção de unidades carcerárias em face da superlotação de presídios), à educação (*v.g.* disponibilização de vagas em escolas públicas), entre outros.

Há exemplos reais que, extrapolando o campo hipotético abstrato, adquirem feições tais que revelam o quão urgente são as demandas de cidadania. Enumeramos alguns casos de judicialização de postulações de direitos e interesses afetos à cidadania, os quais ocorreram no contexto geográfico no qual a pesquisadora encontra-se inserida (Estado de São Paulo) e estagiou (DPE/SP, regional de Ribeirão Preto): ACP, tendo, por objeto, o combate à taxa pelo uso dos banheiros da rodoviária da comarca sem lei municipal que autorizava a concessionária responsável a fazê-lo, ou alternativamente, a disponibilização de banheiros adequados gratuitos; ACP pleiteando determinação judicial à Prefeitura de Ribeirão Preto para que realize um cadastramento integral de todas as famílias que foram retiradas da Favela da Família, em decorrência de reintegração de posse que desalojo cerca de mil pessoas, bem como, seu respectivo direcionamento provisório para as dependências de escola municipal próxima ao local favela, fornecendo-lhes colchões, cobertores, vestuários, escovas de dente, sabonetes, medicamentos, alimentação diária, água e energia elétrica; ACP pleiteando indenização por danos morais e materiais das famílias moradoras de determinado conjunto habitacional em Ribeirão Preto/SP, cuja construção ocorreu em cima de uma colônia de cupins, os quais estavam trazendo prejuízos e ameaça aos moradores do referido conjunto; ACP pleiteando a manutenção do funcionamento de creches durante o período de férias escolares; ACP pleiteando a interdição de unidade prisional superlotada e em más condições de funcionamento; ACP pleiteando a construção de unidade prisional feminina; entre outros casos.

[628] Sobre o caráter não exclusivo da via judicial para resolução de litígios, encontramos Boaventura de Sousa Santos: "*Como todas las demás construcciones sociales, los litigios son relaciones sociales que emergen y se transforman*

diversos instrumentos processuais de acesso a justiça coletiva previstos pela CF/88[629] (*v.g.* ACP e ação popular) os cidadãos conseguem encontrar defesa diante do Estado e do poder econômico, conforme a conduta adotada (atos comissivos ou omissivos ofensivos a direitos coletivos em sentido amplo). E não foi somente através da previsão de figuras especificas de acionamento judicial que a CF/88 incrementou a reformulação da jurisdição: também as instituições (*v.g.* MP e DPE) e os institutos processuais (*v.g.* jurisdição, processo, ação, defesa) foram alterados pelo preceito democrático[630], de modo que o objetivo de todos é, a partir da ruptura jurídica datada de 1988, concretizar os escopos do regime democrático[631], inclusive, o direito humano fundamental de acesso a justiça coletiva.

Segundo Luiz Werneck Vianna[632]:

> O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira hoje.
> [...]
> Sob essa nova formatação institucional, pela via d aprocedimentalização da aplicação do direito, 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.
> Esse novo lugar da esfera pública, construído em torno do direito, de suas instituições e procedimentos, estaria mobilizando formas e mecanismos da representação funcional, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, e não estaria implicando concorrência com o sistema da representação política. As duas formas de representação, ao contrário, se comportariam em termos de reforço mútuo, em uma relação de complementariedade.

O uso da tutela coletiva, por meio de seus procedimentos diversificados (*v.g.* ACP e ação popular, inclusive os instrumentos da jurisdição constitucional, como a ADPF e a ADIn), surge como uma forma de mitigar o déficit democrático, como uma forma legítima e

---

según dinámicas sociológicamente identificables. La transformación de éstas en litigios judiciales es sólo una alternativa entre otras y no es, de ninguna manera, la más probable, aunque esa posibilidad varíe de país a país, según el grupo social y el área de interacción. Además, el propio proceso de aparición del litigio es mucho menos evidente de lo que a primera vista se puede imaginar. El comportamiento lesivo de una norma no es suficiente para que por sí solo pueda desencadenar el litigio. La gran mayoría de los comportamientos de ese tipo sucede sin que los lesionados tengan en cuenta el daño o identifiquen a su causante; sin que tengan consciencia de que tal daño viola una norma, o aun sin que piensen que es posible reaccionar contra el daño o contra el causante. Diferentes grupos sociales tienen percepciones diferentes de las situaciones de litigio y niveles de tolerancia diferentes ante las injusticias en las que se traducen. Por esta razón, niveles bajos de litigio no significan necesariamente una baja incidencia de comportamientos injustamente lesivos." SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos). p. 120.

[629] Cf. capítulo 2, p.162 et seq. (principais figuras de acionamento judicial).

[630] No âmbito do MP e da DPE, por exemplo, o preceito democrático os modifica impondo o ativismo institucional.

[631] Cf. capítulo 1, p.101-105 (características do Estado democrático de direito brasileiro).

[632] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 11.

democrática[633] de garantir a efetivação de direitos que, sem afrontar os tradicionais mecanismos da democracia representativa (atuação parlamentar, eleitos pela população que representam), é externa aos poderes Legislativo e Executivo[634], porquanto é exercida pelo Judiciário[635].

Notamos, portanto, a possibilidade dessa abertura processual às demandas sociais[636] também subsidiar a defesa e aquisição de direitos, bem como, a construção do direito, "ampliando a esfera pública para além das instituições que gravitam em torno do voto".[637] Essa abertura da margem de atuação pelo Judiciário[638] permitiu o alargamento da

---

[633] O termo "democrática" é aqui empregado remetendo àquelas características intrínsecas do Estado democrático de Direito, hipótese com a qual estamos trabalhando. Cf. capítulo 1, p.101-105.

[634] Nesse sentido, dialogamos com o contexto posto do Estado democrático de direito e nos preocupamos com a disseminada concepção político-ideológica que converte o Estado na fonte única e exclusiva do direito, tal como apregoa Boaventura de Sousa Santos: *"Desde un punto de vista sociológico, y en contra de lo que la teoría política liberal hace suponer, las sociedades contemporáneas son jurídica y judicialmente plurales. En ellas circulan no uno sino varios sistemas jurídicos y judiciales. El hecho de que sólo uno de éstos sea reconocido oficialmente como tal, afecta naturalmente al modo como los otros sistemas operan en las sociedades, pero no impide que tal operación tenga lugar. Esta relativa desvinculación del derecho con respecto al Estado significa que el Estado-nación, lejos de ser la única escala natural del derecho, es una entre otras. No obstante, el Estado-nación ha sido la escala y el espacio-tiempo más central del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países del centro del sistema mundo."* SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos). p. 52.

[635] O poder Judiciário é tradicionalmente visto e entendido como um poder-função de baixa (ou nenhuma) representatividade popular, porquanto seu quadro de magistrados é acessado por meio de concurso de provas e títulos, e não por meio de eleições, que seriam marca de uma escolha democrática.

[636] Ao mencionar a questão das demandas sociais e a criação do direito, importante colacionar entendimento de José Geraldo Sousa Junior, antecipando digressão que será ainda objeto da presente dissertação: "A partir da constatação derivada dos estudos acerca dos chamados novos movimentos sociais, desenvolveu-se a percepção, primeiramente elaborada pela literatura sociológica, de que o conjunto das formas de mobilização e organização das classes populares e das configurações de classes constituídas nesses movimentos instaurava,efetivamente, práticas políticas novas em condições de abrir espaços sociais inéditos e de revelar novos atores na cena política capazes de criar direitos. [...] A irrupção dos movimentos operários e populares, sobretudo a partir dos anos setenta, rompendo em ação coletiva isolamento determinado por uma ordem autoritária que restringia a mobilização das organizações sociais, fez emergir uma nova sociabilidade, com a marca da autonomia que passou a caracterizar a ação dos sujeitos assim constituídos. Vera da Silva Telles, por exemplo, referiu-se a esta emergência dizendo: 'hoje,descobrem-se os trabalhadores como sujeitos autônomos, dotados de impulso próprio de movimentação, sujeitos de práticas cujo sentido político e dinamismo não são derivados dos espaços cedidos pelo Estado e cujas reivindicações não são o reflexo automático e necessário das condições objetivas, mas passam por formas de solidariedade e de sociabilidade coladas na vida cotidiana' (1984). Caracterizados a partir de suas ações sociais, estes novos movimentos sociais, vistos como indicadores da emergência de novas identidades coletivas (coletividades políticas, sujeitos coletivos), puderam elaborar um quadro de significações culturais de suas próprias experiências, ou seja, do modo como vivenciam suas relações, identificam interesses, elaboram suas identidades e afirmam direitos." SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Experiências populares emancipatórias de criação do direito. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008. p. 270-271.

[637] VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 14-15.

[638] Sobre as funções dos juízes (e da jurisdição) nas sociedades contemporâneas, assevera Boaventura de Sousa Santos: "*Los jueces desempeñan en las sociedades contemporáneas diferentes tipos de funciones, y aquí distingo las tres principales: instrumentales, políticas y simbólicas. En sociedades complejas y funcionalmente diferenciadas las funciones instrumentales son específicamente atribuidas a una determinada área de actuación social y se consideran cumplidas cuando dicha área opera con eficacia dentro de sus límites funcionales. Las funciones políticas son aquellas a través de las cuales los campos sectoriales de actuación social contribuyen al*

cognição de direitos, mas, principalmente, a modificação da própria concepção do modelo tripartido de funções estatais[639]. De fato, o poder Judiciário foi modificado incisivamente devido as transformações ocorridas no bojo da sociedade e à crescente judicialização de demandas populares, que provocam o Judiciário em sua responsabilidade social. Face as contínuas violações e opressões sofridas, os cidadãos não encontram alternativa senão a judicial. É por meio da ação judicial que provoca, "ou seja, chama (-*voca*) de frente (*pro-*)"[640], a constitucionalmente declarada mas não realizada ordem jurídica justa e solidária[641]. Essa provocação social tira os demais poderes de sua zona de conforto, porque revela um mínimo de omissão que já não é tolerável suportar. "A simples presença do oprimido como tal é o fim da boa consciência do opressor. Quem for capaz de descobrir onde se encontra o outro, o pobre, poderá, a partir dele, fazer o diagnóstico da patologia do Estado."[642] O Judiciário, como via de revelação do oprimido, e não como instrumento de manutenção da ordem, das coisas como estão, começa, então, a incomodar.

José Eduardo de Oliveira Faria[643], em estudo dedicado às transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, analisa a maior visibilidade que o mesmo vem adquirindo nos últimos tempos, indicando, como justificativa possível, o seu

---

mantenimiento del sistema político, y finalmente las funciones simbólicas son el conjunto de las orientaciones sociales con las que los diferentes campos de actuación social contribuyen al mantenimiento o destrucción del sistema social en su conjunto. Las funciones instrumentales de los jueces son las siguientes: solución de los litigios, control social, administración y creación de derecho. […] Es en gran medida a través del conjunto de las funciones instrumentales que los jueces ejercen también funciones políticas y las simbólicas. En cuanto a las funciones políticas, surgen desde luego del hecho de que los jueces sean uno de los órganos de soberanía. Más que interactuar con el sistema político son parte integrante de él. […] Las funciones políticas de los jueces no se agotan en el control social. La movilización de os jueces por los ciudadanos en los campos civil, laboral, administrativo, etc., implica siempre la consciencia de derechos y afirmación de la capacidad para hacer la reivindicación de los mismos, y en ese sentido es una forma de ejercicio de la ciudadanía y de la participación política. […] la garantía efectiva de esos derechos fue políticamente distribuida por los poderes ejecutivo y legislativo, por un lado, encargados de la creación de los servicios y de las partidas presupuestarias, y, por otro, por el poder judicial como recurso de instancia ante las violaciones del pacto de garantía.[…] Las funciones simbólicas son más amplias que las políticas porque comprometen todo el sistema social. Los sistemas sociales se afirman en prácticas de socialización que fijan valores y orientaciones hacia valores […] la mayor eficacia simbólica de los jueces surge de la propia garantía procesal, de la igualdad formal, de los derechos procesales, de la imparcialidad, de la posibilidad de recurso. En términos simbólicos, el derecho procesal es tan sustantivo como el derecho sustantivo." SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos). p. 108-113.

639 É recorrente a invocação da obra de Nicolau Maquiavel sobre a tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário para justificar a não ingerência de um sobre as funções e atribuições do outro. Agrava a situação a interpretação literal do texto constitucional, em seu art.2º.

640 DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 49. (grifo do autor).

641 CF/88, art.3º, inc.I: "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

642 Ibid., p. 49-50.

643 FARIA, José Eduardo de Oliveira. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 52.

ineditismo decisório ao exigir do Executivo o respeito à ordem constitucional (ainda que em nome da certeza e segurança jurídica). O jurista alerta os desafios enfrentamos por essa nova feição jurisdicional:

> [...] esse poder também vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos; uma sociedade cujos conflitos cada vez mais exigem, dos legisladores e dos magistrados, tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos, fragmentados ou coletivos.[644]

E continua:

> Como tendem a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico em vigor, contrapondo uma racionalidade material à racionalidade formal tão cultivada pelas concepções legalistas e normativistas de inspiração liberal, essas situações inéditas têm posto o Judiciário diante da necessidade de rever algumas de suas funções básicas. Estas, no âmbito de um aparelho burocrático com regras próprias de organização e de atuação específica desenvolvidas e aplicadas por um corpo de profissionais, já não conseguem mais decidir conflitos judiciais mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos, restituindo os direitos violados e reprimindo seus respectivos violadores. Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso a Justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de 'textura aberta', como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem experiência acumulada nem jurisprudência firmada.[645]

O Judiciário, uma vez provocado, viu-se obrigado a reagir, a declarar. É este o momento no qual estamos historicamente inseridos, e é nesse contexto que a ciência processual vê-se engajada. A provocação vem do Judiciário, mas poderia vir de outro ente constituído. Da mesma maneira, os outros entes experimentariam o desconforto e tenderiam a reagir. Diante a omissão de um dos poderes, seja pela sua cooptação política[646] ou letargia,

---

[644] Ibid., loc. cit.
[645] Ibid., p. 52-53.
[646] Colacionamos alguns entendimentos que explicam o fenômeno da "cooptação política".
Segundo Simon Schwartzman, este fenômeno refere a um sistema específico de participação política que se caracteriza por ser débil, dependente, controlado hierarquicamente ou "de cima para baixo", e que teria como pressupostos de existência: (a) a ocorrência de sujeitos fora do sistema político vigente, os quais poderão ser

os demais entes não podem adquirir outra postura que não uma prospectiva em favor da concretização dos objetivos e fundamentos do Estado. Em uma perspectiva camusiana, diríamos: diante o absurdo, o jurista rebela, e pela revolta (mesmo que paradigmática-processual) ousa negar-se o suicídio. E o suicídio, nesse caso, é o fim do direito.

Para além do redimensionamento da relação entre os poderes constituídos e da redefinição de seus respectivos âmbitos de atuação, o movimento da judicialização, inclusive no tocante à construção do Judiciário como via democrática, impõe atenção. Como demonstramos no terceiro capítulo, é possível haver um uso conservador-conformista do direito e da tutela. Essa conformação seria a instrumentalização do conservar-mudando ou revolução passiva.

---

cooptados; e (b) a existência de meios (materiais, econômicos, pessoais) para que esta incorporação ocorra. Referidos requisitos contribuem para a erição de um ciclo vicioso, no qual suas conseqüências atuam como catalisadores para a ocorrência de seus pressupostos: a cooptação acarreta a exclusão de sujeitos (grande parcela da população, senão toda ela) no processo político decisório e na distribuição da riqueza nacional (concentrada naqueles sujeitos cooptados); este quadro leva-nos a crer que estes excluídos consubstanciam uma gama de potenciais agentes a ser cooptada e através do discurso da mobilidade social e acumulação de riqueza ocorre a cooptação. De modo que haverá sempre sujeitos excluídos a serem cooptados, política e economicamente. O autor explica que este processo de cooptação tende a predominar em contextos em que as estruturas governamentais antecedem historicamente aos esforços de mobilização política de grupos sociais. Cf. SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do patrimonialismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

Luiz Werneck Vianna explica o fenômeno por seus efeitos. Para ele, a cooptação política reflete a lógica do "conservar-mudando", ou seja, a dita "conservação" para bem cumprir o seu papel necessita reivindicar o que deveria consistir no seu contrário. VIANNA, Luiz Wernek. Caminhos e descaminhos da revolução passiva à brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 39, n.3, 1996. Em obra dedicada ao estudo da "revolução passiva", o autor utiliza a categoria gramsciana para fundamentar sua teoria da "revolução sem revolução" em contextos de modernização em países de capitalismo retardatário (como é o caso do Brasil). O estudioso afirma que "No Brasil nunca houve, de fato, uma revolução, e, no entanto, a propósito de tudo fala-se dela, como se sua simples invocação viesse a emprestar animação a processos que seriam melhor designados de modo mais corriqueiro. Sobretudo, aqui, qualificam-se como revolução movimentos políticos que somente encontraram

a sua razão de ser na firma intenção de evitá-la, e assim se fala em Revolução da Independência, Revolução de 1930, Revolução de 1964, todos acostumados a uma linguagem de paradoxos em que a *conservação*, para bem cumprir o seu papel, necessita reivindicar o que deveria consistir no seu contrário – a revolução. Nessa dialética brasileira em que a tese parece estar sempre se autonomeando como representação da antítese, evitar a revolução tem consistido, de algum modo, na sua realização." VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva**: iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p.12. (grifo do autor).

Raymundo Faoro, ao seu turno, conceitua historicamente a cooptação como sendo aquele fenômeno em que o sistema político vigente coopta as demais lideranças políticas para então colocá-las a seu serviço. Faoro vai além, afirmando que em nosso Estado a responsabilidade em celebrar a cooptação recai sobre uma classe determinada: o estamento burocrático. O exemplo histórico notório da cooptação coincide, em Faoro, com o processo de colonização portuguesa, o qual impôs um novo padrão político, social, econômico e jurídico à sociedade brasileira. Referida imposição fica bem evidenciada quando da transferência da sede da Coroa portuguesa da Europa para o Brasil, mais especificamente para o Rio de Janeiro. No exemplo argüido ocorreu a importação de toda uma estrutura governamental e administrativa (e pensada única e exclusivamente a luz da realidade européia) para o Estado brasileiro, fato este que dispensa maiores digressões quanto à inaptidão dessas estruturas (principalmente a burocrática) em satisfazer aos anseios e às necessidades brasileiras. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

Luiz Werneck Vianna alerta que a "revolução passiva"[647], em sua nova configuração, tem como "fermento revolucionário" justamente a questão social, a incorporação das massas urbanas ao mundo dos direitos e a modernização econômica como estratégia de criação de novas oportunidades de vida para a grande maioria, ainda retida, e sob relações de dependência pessoal (latifúndios)[648]. Alertados por essa ponderação, não podemos ignorar a erupção do fenômeno no seio da jurisdição e da tutela coletiva. Como foi visto no capítulo antecedente[649], já identificamos um uso conformador-conformista da tutela coletiva brasileira, que, a nosso ver, atende à lógica do conservar-mudando, ao fenômeno da revolução passiva gramsciana, porquanto inserida em um contexto de transformação molecular, no qual a manutenção da estrutura maior (paradigma processual civil vigente) é entendida como "atraso necessário" para inviabilizar a não ruptura do sistema. É por essa razão, de um uso deturpado que pode ser feito da tutela coletiva, que se justifica uma análise sociológica do fenômeno.

José Eduardo de Oliveira Faria explica que os países latino-americanos estão vivendo um momento de afloramento de necessidades inéditas de articulação política, as quais somente são satisfeitas através da criação e implementação de novas estratégias legislativas e processuais.

> No caso específico do Brasil, esse 'momento maquiavélico' decorre, fundamentalmente, de três crises convergentes: no plano sócio-econômico, uma *crise de hegemonia* dos setores dominantes; no plano político, uma *crise de legitimação* do regime representativo; e, no plano jurídico-institucional, uma crise da própria *matriz organizacional* do Estado, na medida em que este parece ter atingido o limite de sua flexibilidade na imposição de um modelo centralizador e corporativo, cooptador e concessivo, intervencionista e atomizador quer dos conflitos sociais quer das contradições econômicas.[650]

---

[647] O conceito de "revolução passiva" é gramsciano, contudo, optamos por lastrear nosso estudo via fonte indireta, ou seja: trazemos uma leitura que um estudioso da obra de Gramsci realizou do conceito, e o importou para a questão da democracia e os três poderes no Brasil. Nossa fundamentação é pautada em Luiz Werneck Vianna, autor cuja obra já é utilizada enquanto referencial teórico. Estrategicamente, a escolha mostra-se metodologicamente acertada, porquanto conseguimos nos manter dentro de uma mesma bibliografia, o que possibilitou aprofundarmos nossa análise dentro deste referencial. Reconhecemos que um estudo específico na obra do italiano Antônio Gramsci é necessário, contudo, optamos por não fazê-lo, sob pena de, fazendo-o, prolongar em demasia o texto dissertativo, inclusive estendendo a análise para outras categorias as quais certamente seriam necessárias, como, por exemplo, o conceito de sociedade civil e sociedade política, o sentido ampliado de Estado em Gramsci. Não é excessivo afirmar nossas próprias limitações quanto à capacidade de interpretação de Gramsci, que somente reforçam a necessidade de invocar outras leituras, de pesquisadores mais experientes. Optamos por utilizar Luiz Werneck Vianna no texto, mas também fizemos leituras de outros pesquisadores, a saber: COUTINHO, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Andréia de Paula (Org.) Ler Gramsci, entender a realidade. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003.; GOULART, Marcelo Pedroso. **O ministério público e as obrigações do estado na era da globalização**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2002.

[648] VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva**: iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 18.

[649] Cf. capítulo 3, p. 264-269.

[650] FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p.17. (grifo do autor).

Estas "crises" convergiriam, cada qual a sua lógica e ritmo próprios, quanto à incoerência entre o tipo de desenvolvimento econômico adotado pelo regime autoritário pós-64 e as formas jurídicas e políticas estabelecidas. É dizer: persegue-se um ideal de alto crescimento econômico[651] (que pressupõe um contínuo e acelerado processo de cumulação de capital por uma classe em detrimento de outra), constrói-se um contexto de extrema desigualdade social e, paradoxalmente, contorna-se um suposto Estado democrático de direito. O resultado é a necessidade de reverberar um aparato estatal burocrático e autoritário, que passa a conviver conformando a realidade (contingências da sociedade), abafando e ocultando as mazelas sociais. Ocorre que essa contenção atinge, em determinado momento, o seu ápice de saturação, e a explosão por reivindicações sociais rebenta: é o momento do confronto com o absurdo[652].

Essas reflexões iniciais, antes que levianas[653], possuem o condão de ampliar as margens de reflexão sobre o papel desempenhado pela tutela coletiva no Brasil. São essas reflexões, que levam em conta os jogos políticos proeminentes no poder, a arqueologia deste no Brasil, e não ignora o patrimonialismo e a cooptação política na origem do Estado brasileiro que permitem, por exemplo, compreendermos "porquê" o regramento da tutela coletiva não é harmônico (sendo setorial e não unificado, contando com leis editadas em diferentes momentos históricos e influenciadas sob diferentes aspirações) e, muitas vezes, não satisfaz de modo completo e adequado a proteção aos direitos coletivos. Essas variantes são fatores incisivos para a efetivação dos direitos coletivos, portanto, não podem ser aviltadas ou ocultadas, sob pena de influenciar a ineficácia dos mesmos a despeito de nossa percepção. É dizer: são condicionantes, aceitemo-las ou não. Melhor, portanto, enfrentá-las, e, então, tentar redimensionar a tutela (processo e jurisdição) em atendimento às aspirações coletivas e à ordem instaurada pela CF/88.

---

[651] Em movimento que identificou o crescimento econômico como sinônimo de desenvolvimento. Mas é preciso lembrar: "El desarollo desarolla la desigualdad." GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina.** 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, Rosgal S/A, 2010. p. 15.

[652] Uma estratégia um tanto quanto autoritária que vem sendo assumida como forma de sobrevivência desse Estado estrangulado é a disseminação da ideia do consenso. Prova disso é a argumentação dos ministros do STF no julgamento da Lei de Anistia – ADPF n.153, cujo voto do relator, Min. Eros Grau, é exemplo. A fundamentação de que existiu um possível "acordo" estabelecido consensualmente na transição democrática do regime ditatorial, entre a sociedade civil e os agentes a serviço da opressão, para uma democracia, em termos pacíficos, evidencia a introjeção da ideia do consenso pelos poderes constituídos. No caso, o suposto "consenso" oriundo da sociedade foi a impunidade dos agentes da opressão, em troca da transição pacífica.

[653] Os conceitos de cooptação política e revolução passiva, principalmente as raízes gramscianas deste último, são elaborações teóricas extremamente complexas. Nosso intuito, ao citá-las, é mesmo inseri-las no bojo do direito processual, posto que muitas das pesquisas analisam a legislação vigente como um dado posto, inclusive as numerosas sucessões de leis, cuja alteração, revogação e promulgação excessiva já integra o cotidiano brasileiro. Entendemos que para compreender o fenômeno da tutela de direitos impõe uma análise mais aprofundada, que perquira as relações estabelecidas desde o parlamento até o momento decisório judicial. Reconhecemos nossa limitação quanto à capacidade de exposição e articulação das ideias aqui esposadas, contudo, preferimos pecar pela brevidade e superficialidade do que simplesmente ignorar tais temáticas transversais, posto que essenciais.

4.1.1 Construindo novos lugares para a democracia no Brasil

Nesse momento, iremos trabalhar com dois estudos específicos elaborados no âmbito do instituto virtual "A democracia e os três poderes no Brasil": o primeiro, que analisa a dinâmica dos três poderes na era contemporânea, intitula-se "Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes", de autoria de Gisele Cittadino[654]; o segundo, "Revolução processual do direito e democracia progressiva", de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos[655], e versa sobre as ações coletivas e a construção de novos lugares da democracia no Brasil. Objetivo, já anteriormente declarado[656], é fazer das conclusões dos pesquisadores uma premissa para nosso estudo: a tutela coletiva constitui nova arena de conflito na democracia.

Com Gisele Cittadino, trazemos à tona reflexão sobre a concretização da Constituição, com enfoque para o fenômeno da judicialização da política no contexto brasileiro. A hipótese geral de estudo da autora é que referido processo (de judicialização da política) é diferido em países de tradição da *commom law* e da *civil law*. A tradição da *commom law* permite um ativismo judicial que propicie a criação jurisprudencial do direito, porquanto predomina a prática dos precedentes judiciais e dos costumes. A tradição da *civil law*, por sua vez, de que é exemplo o Brasil, está assentada na ideia de positivação do direito, ou seja, criação legislativa do direito, portanto, nesse sistema jurídico, o ativismo é usualmente refutado, porquanto considerado usurpação de competência do poder Legislativo pelo Judiciário. Não obstante, a autora trabalha com a hipótese de que nesses países da *civil law* tem emergido uma realidade diferida: a convivência de um "direito legal", oriundo do Legislativo (e do Executivo, quando legisla), com um "direito judicial", oriundo da prática judiciária. A motivação dessa erupção de um novo patamar de atuação estatal e emanação do direito seria a crescente busca pela efetivação de direitos fundamentais, ou concretização da Constituição.

Com Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, trazemos à tona os resultados de uma pesquisa empírica, realizada no Estado do Rio de Janeiro (RJ), que teve por objeto principal analisar o uso que os cidadãos têm feito das *class actions* (entendidas como ações coletivas) enquanto instrumentos de acesso a justiça. A partir dessa pesquisa, os autores puderam

---

[654] CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

[655] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 337-491.

[656] Cf. p. 26 desta dissertação.

constatar, no plano concreto, como vem sendo desenvolvidas novas tramas relacionais entre os cidadãos organizados e o Estado enquanto estrutura, tramas estas de tez judicial processual coletiva e que estariam propiciando uma "renovação democrática" entre as relações estabelecidas entre os três poderes no país.

Ao contrário da pesquisa teórica realizada por Gisele Cittadino, a empírica de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos merece explicitação da técnica de análise empregada: segundo os autores, a pesquisa empírica foi concebida, inicialmente, tendo por objeto as ações civis públicas, as ações populares e os inquéritos civis públicos (IC) na Justiça Federal e Estadual, além das ACP e IC da Justiça do Trabalho, todos, restringidos ao município do Rio de Janeiro. Os pesquisadores identificaram cerca de dois mil processos a partir de informações extraídas de registros informatizados, contudo, perceberam que os dados disponibilizados eram muito restritos[657], o que demandou uma maior delimitação nos casos analisados, posto que seria necessário manusear um a um dos processos para identificar melhor o objeto da demanda. Dessa forma, dois recortes foram realizados: primeiro, restringiram a análise às ações em andamento em primeira instância; segundo, restringiram às ações e inquéritos da Justiça e Procuradoria do MP estadual[658]. Reproduzimos quadro que reproduz o objeto da pesquisa:

Quadro 14 – Ações consultadas e ações em andamento

	Ações Consultadas	Ações em Andamento	%
Ação Civil Pública	186	457	40,7
Ação Popular	111	440	25,2
Inquérito Civil Público e Procedimentos Administrativos	404	1.280	31,6
Total	701	2.177	32,2

Fonte: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 410.

[657] Remetiam à identificação das partes e ao andamento processual, com indicação das datas de andamento.

[658] Os próprios pesquisadores observam que essa delimitação importou na perda do acesso ao material da justiça federal e da Justiça do Trabalho, mas que tal opção se mostrou necessária para que a pesquisa ganhasse em profundidade de análise (principalmente, quanto aos conflitos judicializados e ao desfecho de cada processo).

"Em suma, este trabalho contempla exclusivamente o sistema de proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais dos processos em andamento no Foro Central do Rio de Janeiro e dos inquéritos e procedimentos em andamento nas promotorias de defesa de direitos coletivos daquela cidade. As ações foram consultadas uma a uma, a fim de se identificar seus autores, réus, natureza do conflito, tipo de pedido e formas de resolução." VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 409.

Ainda assim, percebemos que o número de processos consultados (701) foi extremamente alto, considerando que a análise ocorreu caso a caso. Não pretendemos fazer dessa realidade uma perspectiva homonegeizadora da realidade brasileira, porquanto incidiríamos em inúmeras inconsistências metódicas. Contudo, para a finalidade específica que propusemos, de verificar outra possibilidade para o uso da tutela coletiva no Estado Democrático de Direito, o estudo e empréstimo dos resultados da referida pesquisa empírica atendem plenamente nossos propósitos.

4.1.1.1 A separação dos três poderes

Gisele Cittadino[659] explicitando as múltiplas faces do processo de judicialização da política, afirma que o recente protagonismo do Judiciário na sociedade inaugura um tipo inédito de espaço público, que está desvinculado das clássicas instituições político-representativas, seja pelo modo pelo qual as decisões judiciais são tomadas (o critério de decidibilidade no Judiciário não segue a regra republicada da deliberação por voto de maioria, pelo contrário, as decisões judiciais são tomadas com base na lei, de modo supostamente "neutro"), seja pelos reflexos do referido protagonismo na dinâmica de relacionamento entre os três poderes (o Judiciário estaria enfrentando um momento no qual ele é chamado a suprir omissões e abusos cometidos pelos outros poderes). Referido protagonismo, teria como explicação a intensa pressão e mobilização política que estaria sendo exercida pela sociedade, que, insatisfeita com a não concretização da Constituição, em seus variados aspectos, estaria invocando uma resposta judicial com maior freqüência. A autora chama a atenção para o fato de que esse incremento na justiça constitucional não seria um fenômeno isolado brasileiro, pelo contrário, poderia ser também percebido em outros países. A diferença, contudo, estaria no modo como cada um dos sistemas jurídicos concebe o que a doutrina cunhou como "ativismo judicial": para os países da *commom law,* o ativismo seria intrínseco a produção jurisdicional do direito, porquanto tal sistema pressupõe a criação do direito via precedentes judiciais; já para os países da *civil law*, o desafio seria fazer conviver essa produção legal do direito (entendida como toda produção normativa que emana dos poderes Legislativo,

[659] CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

enquanto função típica, ou Executivo, no uso de suas prerrogativas atípicas, *v.g.*, a edição de medidas provisórias) com a produção judicial do direito. Estaríamos, pois, vivenciando, ao menos no Brasil, um período de contraposição entre o 'direito legal' e o 'direito judicial'.[660]

A relutância na admissão de um direito responsivo judicial, que concretize a Constituição, encontra na propalada neutralidade política dos órgãos julgadores[661] outra justificativa. É que o ideário predominante entende que, na clássica tripartição das funções dos poderes do Estado, Legislativo e Executivo seriam os entes não-neutros, de composição eletiva, os quais representariam os mais diversos interesses da sociedade de seu tempo, enquanto o Judiciário, instância de manutenção da ordem, seria um poder neutro, sem aspirações próprias, inclusive políticas, porquanto sua vinculação estaria direta e restrita à lei. Assim, por "dever ser" neutro, não caberia ao Judiciário realizar decisões políticas, porquanto referida postura levaria a confusão entre o político e o jurídico. Nesse ponto, Gisele Cittadino pondera: "Confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática"[662]; da mesma forma, é igualmente um risco crer que a atuação do direito participa da desconstrução da política. O posicionamento encampado pela pesquisadora é que, em um Estado Democrático de Direito, os juízes possuem sim responsabilidade social sobre a concretização dos direitos, principalmente, aqueles entendidos como fundamentais ou afetos à cidadania. Contudo, é crucial que o protagonismo judicial esteja atento e seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

---

[660] CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 18.

[661] José Eduardo de Oliveira Faria, versando (criticando) sobre a abordagem instrumental do direito, visão esta que reduz o direito a um sistema de normas (ordem coativa emanada e autoridade estatal e constituída por normas de diferentes níveis) que regulamentam o emprego da força nas relações sociais (servindo, pois, enquanto tecnologia de controle social), explica que: "Tal sistema [direito enquanto sistema normativo], por sua vez, requer um saber técnico que o constitua, capaz de 'emprestar' a suas categorias vazias de conteúdo a aparência de sistematicidade desejado e de justificar a apresentação de relações sociais concretas como relações contratuais formais. O resultado prático desse 'empréstimo' se expressa, normalmente, por três tipos de efeitos: o da 'apriorização'; o de 'neutralidade' e o de 'universalização'. O primeiro desses efeitos está na linguagem jurídica: combinando elementos retirados da linguagem ordinária ou comum, ela assume a forma de uma retórica de neutralidade e impessoalidade. O segundo efeito costuma ser obtido por um conjunto de características sintáticas – como a prevalência das construções passivas, próprias para assegurar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, imparcial e objetivo. O terceiro efeito é o propiciado por diferentes processos convergentes, dos quais se destacam o recurso sistemático ao indicativo para enunciar a norma [...]. Articulados de modo conjunto, estes três efeitos propiciam uma 'des-valorização' dos conflitos sociais, convertendo-os em conflitos jurídicos; dito de outro modo, eles possibilitam a substituição de confronto direto entre as partes por um 'diálogo' entre mediadores, isto é, os agentes especializados e preparados para apreender a realidade, agentes esses cujo saber técnico lhes permite introduzir uma distância neutralizante que, no caso específico dos juízes, revela-se como uma espécie de 'exigência profissional' e de 'imperativo funcional'." FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 54-55.

[662] CITTADINO, p.18.

A autora traz à baila, ainda, sua leitura sobre o conceito de "patriotismo constitucional", de Jurgen Habermas[663], que configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigiriam uma identidade política ancorada em uma nação de cidadãos. Em seguida, a autora traz o conceito da "jurisprudência de valores", da escola alemã, cujo expoente é Peter Haberle[664], que esposa a ideia de que o processo de concretização da Constituição envolve, necessariamente, o alargamento do círculo de intérpretes da mesma, na medida em que devam tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade. Nesse sentido, Cittadino conclui que é essa perspectiva, de abertura aos partícipes da concretização da Constituição, que permite a democratização das vias de acesso para tanto, porquanto sua realização depende da participação político-jurídica dos grupos e forças plurais que integram a sociedade.[665]

Quanto à hipótese brasileira, Cittadino realça suas particularidades, porquanto a feitura e texto constitucional permitem afirmamos, com certeza, a conversão do sistema de direitos fundamentais enquanto núcleo básico do ordenamento jurídico. Para a pesquisadora:

> Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*, rompendo com a tradicional cultura jurídica.[666]

Nesse sentido, uma leitura constitucional (em corrente que a autora denomina como "democrático", ou "constitucionalismo sectário e comunitário") permite um alargamento da concepção do que sejam direitos (incluindo aí aquela órbita de natureza coletiva), ao resgatar a eticidade e a busca pela concretização dos valores reconhecidos e emergentes, rompendo com a tradição jurídico-positivista que insiste em restringir o sistema de defesa à garantia da autonomia privada, bem como, à satisfação de direitos civis e políticos, em detrimento dos econômicos e sociais (aspecto negatório e conformador típico de uma leitura constitucional-

---

[663] CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 22-23.

[664] Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

[665] CITTADINO, p. 24.

[666] Ibid., p. 26-27. (grifo da autora).

liberal). A perspectiva do constitucionalismo democrático permite a abertura dos intérpretes e concretizadores da Constituição, dos quais, espera-se, uma intensa participação jurídico-política. "E não há outra forma de viabilizar essa participação jurídico-política senão por meio da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da Constituição, possam vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais."[667]

Esse embasamento, de tez nitidamente constitucional, nos permite vislumbrar a jurisdição constitucional e a tutela coletiva como instrumentos para a concretização da Constituição. A questão que nos propomos analisar, e para a qual emprestamos os resultados de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, diz respeito ao uso de tais instrumentos processuais-procedimentais, especificamente, para verificação se é possível que os cidadãos, estes "novos" intérpretes da Constituição, os utilize, bem como, se estão, de fato, utilizando.

4.1.1.2 Revolução processual do direito

Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos[668] pesquisam, especificamente, duas modalidades de ações coletivas que subsidiam uma participação "direta" dos cidadãos na concretização da Constituição: a ACP e a ação popular. A hipótese de trabalho é que através de referidas ações, vistas pelo ângulo da revolução processual, assim como no caso das *class actions* e da facilitação do acesso a justiça, "admite-se a modelagem do direito responsivo, com a qual a sociabilidade pode fazer-se presente no processo de criação do direito."[669] Estas ações coletivas seriam responsáveis por um novo cenário para a democratização brasileira no contexto institucional inserido pela CF/88, contexto este que permite a participação da sociedade civil tanto no controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional, de que são exemplos as ações estudadas no terceiro capítulo desta dissertação), como na efetivação de direitos substantivos coletivos e difusos[670].

---

[667] CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 32.

[668] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 337-491.

[669] Ibid., p. 340.

[670] Ibid., p. 381.

Os pesquisadores afirmam que a CF/88, de fato, apresenta uma particularidade comunitarista em seu texto. Mas a renovação maior ocorrida com a ruptura jurídico-constitucional seria aquela sentida em nível de representação funcional, que teria se deslocado da órbita do Estado para um exercício ativo da soberania popular[671]. Nesse sentido, a ação popular e a ACP seriam objetos privilegiados para a verificação dos caminhos de afirmação da "representação generalizada" e da "cidadania complexa"[672].

Importante ressaltar que a abordagem quantitativa, porquanto técnica habitual em pesquisas descritivas onde se procura descobrir e classificar a relação entre variáveis ou em pesquisas conclusivas, onde se buscam relações de causalidade entre eventos, não é o escopo adotado pelos pesquisadores. Sua intenção é expressa como sendo entender a relevância dos instrumentos coletivos em uma perspectiva mais compreensiva da democracia "que importa uma representação plural [...] e a aceitação do princípio de que a sociabilidade, em condições favoráveis, pode exercer uma autoprodução normativa."[673] Nesse sentido, exemplificam que a simples análise quantitativa dos tradicionais autores de ACP levaria a conclusão de que o instituto é manejado pelo MP e, portanto, atendendo às suas aspirações. Contudo, os pesquisadores explicam que para além dos números, realizaram uma abordagem qualitativa, preocupando-se em analisar os casos judiciais e inclusive os IC, o que permitiu perceber o nexo que estaria sendo construído entre o *parquet* e a sociedade. Nesse sentido, a conclusão que chegaram é que o MP estaria funcionando como um espaço de interlocução da sociedade com o Estado.

Os pesquisadores concentram sua análise em dois aspectos considerados fulcrais para compreender a funcionalidade das ações coletivas no contexto institucional da democracia brasileira: a legitimação para agir (verificando "quem são" os autores das ações coletivas) e o objeto das ações (verificando "o quê" pretendem tais ações).

A primeira análise é das ações populares. Conforme pode-se verificar no quadro colacionado, há a proeminência de parlamentares (33,6% do total) ajuizando ações populares, cujo objeto, majoritariamente (68,4% do total), é o controle da moralidade administrativa.

---

671 "Soberania popular, pois, agora plural e complexa, combinando, em muitos casos de modo convergente, a representação política e a funcional, e que abrange do voto e de suas instituições correlatas, no terreno da vontade majoritária, ao controle da constitucionalidade das leis e da aquisição dos direitos contidos *in nuce* nos princípios fundamentais da Carta." VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 387.

672 Ibid., loc. cit. "Na exposição dos resultados da investigação, optou-se por começar pela ação popular, destacando-se seus autores, com significativa presença de membros da representação política, e seus objetos, discriminados pelo tipo de bem público que a sociedade pretende controlar com esse instrumento, a saber, a administração pública, o meio ambiente e as políticas públicas. Sobre a ação popular, a percepção corrente na literatura é que ela estaria sendo amesquinhada para fins de propaganda política, razão pela qual se optou, nesse passo, por uma análise consequencialista."

673 Ibid., p.389.

Quadro 15 – Autores de ações populares

Tipo de Autor	N	%
Parlamentares	38	33,6
Funcionários Públicos	7	6,2
Membros de Associações ou de Sindicatos	13	11,5
Advogados	33	29,2
Outros indivíduos	22	19,5
Total	113	100,0

Fonte: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 417.

Quanto ao objeto das ações populares, 68,4% corresponde a moralidade administrativa, 18,1% a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico, e 13,5% à implementação de políticas públicas. No tocante às ACP, a realidade constatada pelos pesquisadores foi, segundo os mesmos, surpreendente, porquanto identificaram a presença da sociedade civil de forma mais incisiva do que a retratada pela literatura consultada. Do total analisado, 37,7% foram ações ajuizadas por associações civis, contra 42,7% do MP, instituição esta que, não obstante ainda ocupe o protagonismo na judicialização, não constitui legitimado único e absoluto.

Quadro 16 – Autores de ações civis públicas (1996-2001)

Autores	N	%
Ministério Público	79	42,7
Prefeitura	30	16,2
Governo estadual	2	1,1
Governo federal	1	0,5
Defensoria Pública	3	1,6
Associação de consumidores	45	24,3
Associações de moradores	6	3,2
Outras associações	8	4,3
Sindicatos e associações profissionais	11	5,9
Total	185	100,0

Fonte: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 433.

Os pesquisadores atentam para a confrontação dos dados colhidos entre 1985 e 1996, que indicariam que as associações e ONGs seriam responsáveis por 10,3% das ACPs. Nota-se, assim, que na década seguinte à promulgação da CF/88 a atuação das associações nessa via coletiva triplicou. No tocante ao objeto das ACPs, as tutelas predominantes são meio ambiente (35,4%) e relação de consumo (34,9%), seguidas da proteção dos interesses da criança e do adolescente (12,9%), da implementação de políticas públicas (7,5%), do controle da administração pública (5,9%) e dos idosos (1,0%).

> O controle da moralidade administrativa e o controle das políticas públicas vêm ganhando terreno – e, se for levada em conta a taxa de crescimento observado no período compreendido entre as duas pesquisas, tudo indica que esses temas vieram para ficar, fazendo parte do repertório corrente das ações civis públicas. A presente pesquisa revela também que isso se deve mais à iniciativa de entidades de sociedade, como sindicatos e associações, do que ao Ministério Público.
> Enfim, o crescimento das ações nas áreas de políticas públicas significa que o espaço aberto pela Constituição de 1988 vem sendo ocupado, e que a arena das ações civis públicas é crescentemente percebida como lugar de afirmação de direitos em face do Estado. Tal fenômeno, associado ao crescimento das ações civis públicas por omissão, demonstrado à frente, aponta para um cenário compatível com a *democracia de soberania complexa* que, como se tem sustentado neste trabalho, está em via de afirmação no país.[674]

Deteremo-nos à análise da postulação de implementação de políticas públicas via ACP[675], porquanto pertinente ao recorte temático da nossa pesquisa[676]. Os dados coletados apontam que 57,1% das ACP que incidem sobre políticas públicas são ajuizadas por sindicatos e associações profissionais (contra 14,2% do MP, 7,1% da Prefeitura, 14,2% de ONGs e 7,1% de Associações de moradores). Quanto às áreas políticas dessas políticas públicas reivindicadas, 57,1% corresponde a privatização, 21,4% a política social, 14,2% a realização de obras públicas e 7,1% a decisões administrativas. Outro dado relevante diz respeito à receptividade do Judiciário à referidas ações, que importam em temas de reforma do Estado, porquanto os pesquisadores concluíram não haver resistência judicial para o deferimento das tutelas e medidas pretendidas, inclusive, afirmam que "as ações mais inovadores são as que têm encontrado maior acolhimento".[677]

---

[674] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 466.

[675] O estudo dos pesquisadores é detalhista, e percorre cada um dos objetos mais freqüentes das ACP pesquisada.

[676] Cf. p. 19, na qual afirmamos que um dos recortes temáticos que realizamos é justamente enfocar o fenômeno da judicialização de pretensões coletivas que concretizam direitos fundamentais intrínsecos à cidadania.

[677] Ibid., p. 431 e 478.

Para além da pesquisa empírica realizada, os Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos também investigam o histórico de constituição de uma sociedade de massa no Brasil, concluindo que esta não ocorreu em condições de autonomia e liberdade, uma vez que o acesso ao moderno, no país, transcorreu em um contexto de imobilização política da sociedade civil, porquanto não estivessem em vigência as garantias civis e políticas (contexto da ditadura militar) que permitissem a expressão de uma representação política livre. Assim, quando o moderno tornou-se um projeto nacional, a forma de representação predominante teria sido a funcional, que passou a conviver com a representação política, por vezes, tornando-se proeminente a esta. A descrença no sistema de representação política quanto à sua capacidade em conduzir a mudança social, inclusive por falta de sedimentação e de vínculos fortes com a sociedade, levou o legislador constituinte a admitir ambas as formas representativas (funcional e política) como complementares (inclusive, tendo a funcional como integrante dos mecanismos da democracia participativa)[678].

> Na atual mobilização do Judiciário para uma agenda de sentido social, as ações coletivas constituem território particularmente importante, pois, a partir delas, novas arenas de conflitos coletivos são criadas, contrapondo indivíduos e grupos sociais, organizados ou eventuais, ao Estado e às empresas, exigindo novas formas de regulação democrática, como se pretendeu demonstrar com a presente pesquisa. Tais arenas, a par de realizarem movimentos defensivos da sociedade em face de abusos do poder do Estado e do mercado, têm servido como lugar de afirmação de novos direitos e de participação na construção da agenda pública. Uma das evidências empíricas fortes, obtidas pela pesquisa das ações civis públicas e das ações populares, é que elas têm sido freqüentadas por um amplo espectro de atores sociais e políticos, do homem comum ao parlamentar, de uma pequena associação de moradores à grande imprensa.[679]

Dessa forma, os pesquisadores não só afirmam o incremento de novos atores sociais na tutela coletiva como, também, que a pesquisa evidenciou que o MP, mesmo protagonizando o cenário processual, não atua expropriando papéis que a sociedade deveria desenvolver.

> Não são pequenos, contudo, os desafios aí presentes [na percepção de novas instituições da democracia]. Um deles, está em que aqueles que ocupam posições de comando nas instituições da democracia representativa saibam compreender os caminhos da convergência [...]; outro, não menos importante, está em que as instituições do direito e seus operadores se ergam à altura das responsabilidades que essa modelagem de democracia lhes confere [...][680]

---

[678] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 483

[679] Ibid., p. 484.

[680] Ibid., loc. cit.

Algumas conclusões podem ser inferidas dos estudos levados a cabo pelo instituto virtual "A democracia e os três poderes no Brasil", quando os resultados dos mesmos passam a ser confrontados com o nosso tema de estudo. A primeira conclusão, lastreada em Gisele Cittadino, é que a tutela coletiva pode instrumentalizar a concreção da Constituição; a segunda, fulcrada em Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, é que é dado ao cidadão o uso dessa forma de tutela para reivindicar seus direitos e, de fato, a sociedade o tem feito.

Para além das pesquisas empíricas do instituto virtual, citamos como exemplo a ADIn n.2/DF e a ADPF n.153, que foram objeto de estudo de caso no terceiro capítulo, porquanto tratam-se de ações coletivas cuja tutela foi judicializada por meio da sociedade civil organizada: no caso da ADInn.2/DF, o legitimado ativo foi uma federação, inserida como associação representativa de classe; quanto à ADPF n.153, esta foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, de caráter civil e representativa da classe dos advogados.

Mas não são somente sindicatos e associações de classe que tem postulado tutela coletiva perante o Judiciário: também associações civis e movimentos sociais têm feito um bom uso dessa via de acesso a justiça. A possibilidade desses entes coletivos reivindicarem seus direitos diretamente no Judiciário, sem a intervenção de um patrono ou ente público (Ministério Público, Procuradorias do Estado, Defensoria Pública), integra um processo de ampliação ao acesso à justiça, na medida em que estimula a participação popular e admite essa forma organizativa como elemento social autônomo e apto a requerer a tutela de seus direitos e interesses. Representa, para além da emancipação social frente ao Estado, a possibilidade de incrementar uma cultura associativista ou cooperativa de tutela jurídica, que entendemos que vem suprir um déficit democrático exatamente no que diz respeito à crise gerada no âmbito da dissociação da representatividade. A postulação direta, sem intermediários organizativos estatais, legitima essa forma de associação e, mais, permite o incremento de uma cultura reconhecedora de sujeitos plurais. Além disso, devemos ressaltar a possível melhora no que tange a própria formulação da pretensão judicial, já que sua realização poderá contar com uma participação e articulação mais próxima dos diretamente interessados.

O alerta dos pesquisadores na conclusão de seus estudos é significativo: para além das ações, as instituições e operadores do direito também devem ser modificados, para que consigam se erguer à altura das responsabilidades que essa modelagem de democracia lhes confere. Nesse sentido, torna-se crucial o estudo da ruptura necessária com os paradigmas jurídico-estatais predominantes, dentre eles, o da própria estrutura do Estado, inclusive no exercício de suas funções jurisdicionais.

4.1.2 Perspectivas para uma democracia participativa

Notamos que a temática da democracia e da remodelagem do exercício da jurisdição, enquanto forma de manifestação do poder estatal, ocupa o centro das discussões teóricas sobre a concretização da Constituição e a vindicação por um direito responsivo. Particularmente, nos interessa investigar que democracia é esta que permitirá uma melhor articulação das reivindicações sociais e qual é o papel a ser desempenhado pelo direito e pelo Judiciário para sua efetivação.

Boaventura de Sousa Santos explica que há dois diferentes modelos de democracia: a representativa e a participativa. Segundo o sociólogo, ambos os modelos apresentam traços normativos e institucionais comuns, que correspondem, na verdade, às linhas mestras da teoria democrática liberal, a saber: governo eleito; eleições livres e equitativas, nas quais cada voto dos cidadãos possui igual peso; sufrágio universal; liberdade de consciência, de informação e de expressão em torno de qualquer questão pública; direito, aos adultos, de opor-se ao governo, bem como, de pleitear cargos públicos; liberdade de associação, entendida como direito de constituir associações independentes, incluindo aí os movimentos sociais, os grupos de interesses e os partidos políticos. O sociólogo tece críticas contumazes à referida teoria democrática liberal, independente da forma (representativa ou participativa) como se apresente, afirmando que a maior parte das democracias (em suas formas reais) é de "baixa intensidade", porquanto são tidas como modelos irrefutáveis[681] (como se não houvesse alternativa ao modelo democrático de governo e todas as sociedades gradualmente se aproximassem dele) [682]. Não obstante as críticas "comuns", importante diferenciar uma de outra, para que possamos estabelecer de qual democracia estamos a falar quando propugnamos pela ressignificação da tutela coletiva como arena para sua construção.

Como afirmado anteriormente, ambas as formas de democracia liberal apresentam os mesmos traços comuns, contudo, enquanto a democracia representativa hierarquiza tais traços segundo sua capacidade de gerar governabilidade em uma sociedade aberta, lastreada nos valores do mercado livre, a participativa adota como critério de hierarquização o viés político, conforme sua capacidade de conferir aos cidadãos maiores cotas de poder de governo e de

---

[681] Importante pontuar que esse consenso democrático liberal (sobre seus traços comuns e irrefutáveis) integra uma das quatro dimensões do consenso hegemônico global, nas quais ainda se encontram: o consenso econômico neoliberal; o consenso sobre o Estado débil; e o consenso sobre o Estado de Direito e a reforma judicial. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos). p. 454-460.

[682] Ibid., p. 458.

alcançar a justiça social.[683] A democracia representativa seria a forma predominante na atualidade, e seria uma características dos programas hegemônicos do liberalismo político em todo o mundo. *"En realidad, se trata de una concepción instrumental, un medio para estabilizar la liberalización económica e impedir la decadencia completa de las instituicioes gubernamentales y las 'patologías', que, por lo general, la acompañan"*[684]. Neste modelo, Estado de direito e sistema judicial estariam desempenhando papéis contraditórios e ambíguos, porquanto caracterizados pelo déficit de representatividade, pelo déficit de participação e convívio com formas violentas de ação política. *"En lugar de ser fuerzas que actúan como contrapeso, el Estado de derecho y el sistema judicial pueden reproducir esta contracción al reforzar la distinción entre ciudadanos con derechos y ciudadanos desprovistos de ellos"*.[685] Não seria exagero pontuar o uso conformador-conformista da tutela coletiva como indício de uma democracia que se caracteriza enquanto representativa.

A democracia participativa, por sua vez, seria um modelo contra-hegemônico de democracia, que se não se concebe como modelo pronto e acabado, mas, antes, como um momento da democracia, ainda incompleta. *"La democracia participativa acepta, entonces, la democracia representativa como punto de partida.*"[686] A diferença seria que o modelo participativo não aceita a compatibilidade entre capitalismo e democracia como uma relação sustentável para sempre, propugnando, ao contrário, que face a incompatibilidade entre um e outro, deva prevalecer a democracia. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a ideia central da democracia participativa é que o capitalismo inflige um dano sistemático à maior parte da população mundial, bem como ao meio ambiente.

O sociólogo continua sua análise afirmando que esse modelo, para atingir suas finalidades precípuas de conferir maior poder de governo ao povo e concretizar a justiça social, deve ser problematizado a partir de quatro questões, que interferem diretamente sobre a atuação do Estado de direito e do sistema judicial, a saber: (a) a orientação política do ativismo judicial

---

[683] "*Ambas formas de democracia conciben a las sociedades nacionales como sociedades abiertas. Sin embargo, para la democracia representativa esa 'apertura' se basa en los mercados libres y en globalización económica neoliberal, mientras que para la democracia participativa el destino de la sociedad abierta está ligado a los resultados finales, los riesgos y las oportunidades que surgen del conflicto entre la globalización hegemónica y la globalización contrahegemónica. Mientras que la democracia representativa acepta el capitalismo mundial como el criterio último y más elevado de la vida social moderna y, en consecuencia, acepta que se le debe dar preferencia al capitalismo cuando quiera que éste pudiera verse amenazado por las 'disfunciones' democráticas, la democracia participativa, por el contrario, se concibe en sí misma como el criterio último e más elevado de la vida moderna frente al capitalismo y, en consecuencia, se ve a sí misma como preponderante ante el capitalismo cuando quiera que esté amenazada por este último.'* SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos). p. 492-493.

[684] Ibid., p. 495.

[685] Ibid., p. 495.

[686] Ibid., p. 496.

(porquanto o ativismo pode atender a interesses de toda e qualquer classe política); (b) a maneira pela qual os conflitos estruturais, coletivos ou socialmente estendidos são abordados pelo sistema judicial (mormente quanto à possível trivialização e/ou aviltamento dos mesmos pelo processo); (c) o acesso ao direito e (d) a justiça (inclusive com a repolitização dos mesmos).

As reflexões de Boaventura de Sousa Santos são de extrema pertinência para a ressignificação da tutela coletiva enquanto lócus de construção da democracia, porquanto nos indicaram percalços sobre o modelo democrático perseguido. Sob essa perspectiva, o ideal de tutela coletiva a ser efetivado deve estar consoante à democracia participativa, atento para o enfrentamento daquelas quatro questões expostas nos seguintes termos: (a) o modelo de ativismo judicial desejado é aquele que não corrobora os interesses das elites conservadoras e, para ser mais exata, atende às ideologias de esquerda, entendidas não enquanto vertentes políticas contrapostas ao interesses da situação, mas, sim, enquanto vertentes de viés socialista e comunista; (b) o sistema judicial, nesse modelo participativo, deve procurar resolver os conflitos estruturais e coletivos, inclusive estabelecendo a conexão necessária com os conflitos individuais pertinentes, nesse sentido, a atomização ou molecularização dos conflitos deve visar evidenciar as tensões estruturais e serem resolvidas nesses termos (inclusive, se for o caso, deve haver o estímulo à litigiosidade individual, caso esta via seja estrategicamente a mais adequada para evidenciar os reais conflitos estruturais persistentes[687]); (c) o acesso ao direito e (d) o acesso á justiça devem ter resgatados os seus componentes político-ideológicos, porquanto a propalada neutralidade jurídica não só inexiste como, também, acaba servindo para manutenção de um projeto político hegemônico. No âmbito da tutela coletiva devemos propugnar, para além da criação de novos corpos intermediários entre os cidadãos e o Estado ou mercado, pelo direito de acesso contextualizado, perquirindo "quê direito" e "quê justiça" estamos tentando acessar. Não basta ter o direito de acesso, mas, sim, saber por qual classe de direito e justiça estamos lutando.

Nesse sentido, importante realizar uma releitura dos paradigmas jurídico-estatais vigentes no Estado Democrático de Direito, a partir do viés da democracia participativa.

---

[687] "*Cuando las condiciones políticas y económicas son tales que los conflictos estructurales suprimen las demandas judiciales ante los estrados, en lugar de estimularlas, el acceso al derecho y a la justicia, según la democracia participativa, implica promover activamente las disputas. En otras palabras, se debe proporcionar una solución a la demanda reprimida de justicia. En este caso, un sistema judicial posliberal debe construirse socialmente tanto como un mecanismo de solución de disputas como de creación de las mismas. Cuando el litigio deriva de un conflicto estructural y no, por ejemplo, de las necesidades de mercado establecidas por los abogados, la lucha contra la demanda judicial reprimida puede ser una forma de darles un mayor poder político a las comunidades políticamente excluidas*". SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos). p. 499.

4.1.3 Rompendo a totalidade: uma releitura dos paradigmas jurídico-estatais

Tivemos oportunidade de trabalhar com os paradigmas filosófico, científico e político vigentes na teoria do direito[688], e percebemos que vige, hegemônico, um ideário jurídico centrado em concepções teórico-abstratas, no estreitamento da ideia de direito com lei, que dissocia a investigação do direito de seu contexto histórico-cultural, que confunde a funcionalidade do direito ao seu aspecto técnico-burocrático de manutenção do *status quo*, e cunha um projeto jurídico hegemônico que propugna pelo: primado da lei (legalidade), tripartição dos poderes estatais, ilusão da lei como emanação da vontade geral (e não como resultado de jogos de poderes econômicos e políticos), monismo jurídico (somente o Estado emana a lei), pretensa neutralidade da lei, aparência de isonomia, pregação de uma igualdade meramente formal e apego à autonomia da vontade. Neste cenário, o próprio Direito se descaracteriza, e somente certa ordem de direitos (aqueles individuais, patrimoniais e de defesa) é tutelada eficaz e eficientemente.

Cumpre, então, refletir os paradigmas jurídico-estatais, enfocando o aspecto judicial, porquanto elementar para a efetividade da tutela coletiva e mote de nosso estudo, sob a perspectiva da democracia participativa, para romper com a totalidade jurídico-estatal predominante e propiciar a abertura necessária para o afloramento de um paradigma jurídico-processual-coletivo mais adequado às contingências sociais, bem como, para a conformação-libertária do Estado Democrático de Direito a partir da ressignificação da tutela coletiva.

Para tanto, lastreamos nossa reflexão nos estudos realizados por José Eduardo de Oliveira Faria, na obra "Justiça e conflito", na qual o pesquisador dimensiona a atuação judicial em face dos movimentos sociais[689].

A primeira reflexão diz respeito à própria estrutura do Estado, que teria feições distintas entre o modelo da matriz jurídica liberal e aquele constatado na prática política latinoamericana, incluindo o Brasil. Há um evidente contraste entre o modelo teórico formulado pelas inspirações liberal-burguesas e a realidade que a prática latinoamericana tem revelado, que repercutem no modo-de-ser da estrutura jurídico-estatal e, reflexamente, na (in)efetivação da tutela prestada.

---

[688] Cf. capítulo 2, p. 197-200.

[689] Cf. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

Essas reflexões coincidem com as impressões por nos coleta nos estudos de casos, bem como, com o arcabouço teórico até então desenvolvido.

Em linhas gerais, percebemos que o modelo jurídico-liberal declara propósitos e características os quais não são constatados na prática, o que nos leva a supor seu uso retórico. O Estado segundo a matriz jurídico-liberal avoca para si o monopólio da jurisdição, afirmando não somente sua capacidade (inclusive material e técnica) para fazê-lo, como, também, a necessidade de assim sê-lo, porquanto única forma de sistematizar, racionalmente, a resolução dos conflitos e o regramento da vida social sob a égide da segurança e certeza jurídica. Na prática latinoamericana, percebemos a flexibilização desses atributos, inclusive em nível de jurisdição constitucional (*v.g.* julgamento da ADIn n.2/DF e da ADPF n.153), a persistência de uma racionalidade material (e não formal, como propalada) e o emperramento de procedimentos em torno do aparato burocrático-estatal. Colacionamos o esquema proposto por José Eduardo de Oliveira Faria, dado a clareza visual do contraste constatado:

Quadro 17 – A estrutura do Estado

Estado **Características**	**O Estado segundo a matriz jurídica liberal**	**O Estado na prática política latino-americana**
Propósito	Jurisdição explícita capaz de oferecer certeza e segurança	Flexibilidade e jurisdição finalística
Autoridade	Hierárquica, subdividida em canais de competência técnica; racionalidade *formal*	A autoridade se torna mais difusa e descentralizada em face dos fins a serem atingidos; racionalidade *material*
Regras	Codificadas e capazes de regular a própria administração; portanto, as regras são vinculativas	Subordinadas aos propósitos globais do sistema; as regras não são necessariamente vinculativas
Processo decisório	Sistemático; rotinizado; controlado e estabilizado pelos códigos	Organizado em função de problemas específicos e pressupondo delegações de competência
Quadros burocráticos	Profissionais e organizados de modo impessoal, com base no mérito e no conhecimento especializado	Múltiplos e organizados com base em critérios de especialização; os especialistas tendem a ter autonomia com relação aos meios

Fonte: FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 37.

O pesquisador também indica quadro comparativo entre a estrutura jurídica do Estado segundo a matriz político-liberal e a dinâmica dos Estados intervencionistas:

Quadro 18 – A estrutura jurídica do Estado

Sistema Jurídico **Características**	**A ordem jurídica segundo a matriz política liberal**	**A ordem jurídica na dinâmica dos Estados intervencionistas**
Propósito	Legitimidade legal-racional	Eficiência e competência na obtenção de resultados
Fundamentos da legitimidade	Justiça processual ou formal	Justiça substantiva ou material
Regras	Elaboradas, vinculando os cidadãos e os próprios legisladores	Subordinadas a princípios programáticos e às políticas públicas
Raciocínio e argumento jurídico	Exegético, formalista e legalista	Teleológico; ampliação das competências cognitivas
Discricionariedade	Determinada pelas leis e códigos, com delegação restrita	Múltiplos e organizados com base em critérios de especialização; os especialistas tendem a ter autonomia com relação aos meios
Coercibilidade	Controlada por limitações legais; função repressora-restitutiva das leis	Expressa mediante técnicas de estímulo e desencorajamento; função promocional do direito
Moralidade	Identificação da legalidade com legitimidade	Subordinação da legalidade à legitimidade dos fins
Política	O direito independente da política: o equilíbrio entre os poderes	O direito como instrumento de desenvolvimento econômico e transformação social
Expectativas de obediência	Condicionada nos limites dos códigos e leis	Descumprimento desestimulado em nome de legitimidade dos fins
Participação	Limitada pelos procedimentos legais, acesso irrestrito à Justiça	Acesso aberto à Justiça, em face da integração do direito com a advocacia "política"

Fonte: FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 38.

Interessa-nos, sobremaneira, a transfiguração dos fundamentos da legitimidade do sistema jurídico de matriz liberal e o dos Estados intervencionistas, porquanto quando

propugnamos por uma tutela coletiva que concretize direitos, para além da forma e do texto legal, estamos perseguindo um ideal de justiça substantiva ou material. Nesse aspecto, importante notar outras características comuns de um sistema jurídico que adote essa forma de justiça como fundamento legitimador: as regras restam subordinadas a princípios programáticos e às políticas públicas; a legalidade subordina-se à legitimidade dos fins; no âmbito político, o direito é compreendido como instrumento de desenvolvimento econômico e transformação social; tudo em um sistema jurídico que tem como propósito a eficiência e competência na obtenção de resultados.

A perspectiva de uma democracia participativa impõe, também, uma análise sobre a configuração das normas, bem como, das concepções da instituição judicial, incumbida de fazer o seu cumprimento ou aplicação casuística. No que diz respeito à função das normas, estas adquirem caracteres específicos quando destinadas a perseguir um ideal de justiça social, porquanto destinadas antes a organizar e dirigir condutas para a promoção dos objetivos comuns, do que a controlá-las e reprimi-las.

Quadro 19 – A mudança da função das normas

Estado	**Tipo**	**Função**	**Objetivo** a priori	**Objetivo** a posteriori	**Sanção**
Liberal	Conduta	Controle	Prevenir	Reprimir/ restituir	Penal
Social	Organização	Direção	Promover	Recompensar	Premial

Fonte: FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 39.

Também as instituições devem ser redimensionadas para uma democracia participativa, e talvez a principal delas seja mesmo a instância judicial, porquanto aplicadora da lei ao caso concreto. Para um sistema que preconize a tutela coletiva como lócus de construção dessa democracia, impõe-se um conjunto de características da instituição judicial, as quais, em José Eduardo de Oliveira Faria, pertencem a uma concepção ativa, contraposta a uma concepção passiva da mesma. Em linhas gerais, a concepção ativa se diferencia pela sua inspiração doutrinária, voltada a uma racionalidade material (portanto, externa ao sistema) que refuta o positivismo, o normativismo e o formalismo. Ela também se diferencia pela ideia de direito pressuposta, que seria um sistema estável, aberto, dependente das pressões do meio social, e ao método empregado, que coincidiria com uma razão prática, com ampliação das competências cognitivas. Colacionamos a tabulação do pesquisador:

Quadro 20 – As concepções da instituição judicial

Instituição judicial **Características**	**Concepção passiva**	**Concepção ativa**
Inspiração doutrinária	positivismo normativismo formalismo	antipositivismo antinormativismo antiformalismo
Ideia de direito	Sistema estático, fechado, autônomo em relação ao meio social	Sistema estável, aberto, dependente das pressões do meio social
Racionalidade	formal (interna ao sistema)	material (externa ao sistema)
Acesso	Restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais	Aberto, regulado pelo direito processual de maneira mais pragmática, sensível à emergência do tipo de advocacia militante inerente aos novos movimentos sociais
Discricionariedade	Delegação estrita, segundo determinação do direito processual	Delegação extensiva, conquistada pelos magistrados por via de interpretações *praeter legem*, sempre finalístias mas retoricamente encaminhadas segundo os requisitos lógico-formais impostos pelo direito processual
Método	lógico-dedutivo exegético	Razão prática; ampliação das competências cognitivas
Alcance das sentenças	Retrospectiva, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis	Prospectiva, dada a valorização da função promocional do direito mediante o uso de técnicas de encorajamento, desencorajamento e arbitragem
Qualificação/ praxis	Delegação estrita, segundo determinação do direito processual	Conhecimento científico de caráter histórico-sociológico; teoria da justiça; engenharia social

Fonte: FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 80.

Os contornos do Estado de matriz liberal predominam, hegemônicos, como totalidade jurídica-estatal. São atributos como a lógica-dedutiva exegética, a valorização da função repressora das leis, a racionalidade formal (interna ao sistema jurídico), a restrição pelo processo ao acesso a justiça (*v.g.*, com interpretações restritivas das condições da ação), entre outros apontados, que reverberam a persistência de um direito formal, burocrático, voltado para resolução de conflitos de índole individual e patrimonial, e conformam a tutela

coletiva como instrumento conformista, de resignação da realidade à um arcabouço jurídico-racional plasmado em leis e que, no entanto, estão dissociados dos anseios sociais, da realidade, das contingências coletivas. São estes patamares simplistas, reducionistas, e opressores é que precisam ser modificados, ressignificados, enfim, substituídos. Referida substituição pressupõe a ruptura com a ordem estabelecida e a erupção de um novo paradigma jurídico-processual, que sirva como começo, como um ponto de partida, mas não se feche enquanto nova totalidade[690].

4.2 A exterioridade jurídico-processual

Para romper com influências da totalidade, e permitir, quiçá, um momento próximo ao analético da dialética proposto por Enrique Dussel[691], na análise e construção da tutela coletiva libertária no Brasil, propomos a incorporação dos seis paradoxos dos direitos humanos e das seis decisões iniciais para uma teoria crítica dos direitos humanos tal como formulada por Joaquín Herrera Flores[692]. A tessitura dos direitos coletivos nos permite realizar um paralelo entre sua tutela e a dos direitos humanos, inclusive, se considerarmos que uma qualificação não exclui a outra.

A primeira decisão inicial é encampar que "pensar é pensar de outro modo". Com isso, nos impomos a tarefa de refletir criticamente sobre o funcionamento do processo cultural no qual a tutela coletiva brasileira está imbricada, e admitimos como necessária a construção de lugares de encontro (formas e procedimentos) de pessoas, grupos e Estado, no qual todos possam expor suas diferenças, propor suas necessidades e dialogar para atingi-las. A conseqüência dessa decisão é assunção do compromisso de pensar novas formas de fundamentar e conceituar os direitos coletivos desde diferentes contextos históricos e ideológicos que atravessam (rompendo, por exemplo, a limitação de admitir que somente é legítimo o direito-estatal). A segunda decisão seria refutar a dialética negativa, pela qual contrapõe-se termos para alcançar uma síntese, uma vez que essa pode se afastar das contingências sociais. A terceira decisão, consiste em problematizar a realidade, porquanto

---

[690] Sobre o direito enquanto totalidade, conferir o primeiro capítulo, p. 83-86.

[691] DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I). p. 163 et seq.

[692] FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.13-76.

meio de pensar as lutas pela dignidade humana. "Não há alternativas ao mundo; mas alternativas no mundo"[693], o que nos acarreta o dever de reapropriarmos o mundo, repensarmos a realidade, aproximando-nos dela, e enfrentarmos seus paradoxos, buscando construir espaços de encontro positivo (o que existe, o que predomina, o que achamos, tudo em um movimento construtivo). A quarta decisão coincidiria com a refutação do distanciamento entre a teoria e prática, porquanto propugna pela não construção de teorias abstratas utópicas que em nada correspondem com a realidade. Com isso, nos impomos, em nossas práticas rotineiras, em nossa caminhada, relacionar teoria e prática desde uma perspectiva emancipadora. No tocante à tutela coletiva, devemos propugnar por uma forma de conhecimento e prática de direitos coletivos que levem à construção de possibilidades factíveis de luta e para sua respectiva efetivação.

A quinta decisão é a assunção da indignação frente ao intolerável. Nesse sentido, entendemos que o existencialismo camusiano enquanto postura filosófica do jurista é um caminho possível no tocante à tutela coletiva libertária, bem como, a assunção da perspectiva filosófica dusseliana, que pressupõe a exterioridade. É preciso permitir-se indignar frente ao absurdo da violação e negação dos direitos coletivos, bem como dos direitos humanos, enxergando a degradação do homem, de sua identidade e do meio ambiente como afrontas inaceitáveis, como situações inconcebíveis e que de forma alguma possam ser justificáveis. É preciso sair do lugar-comum, da zona de conforto, sentir as dores viscerais da fome, arder as chagas daqueles que são cotidianamente espancados pelo sistema, ouvir os gritos daqueles que oprimem, e fazer de todas essas dores, de todos esses sentidos, sentimentos próprios. E saber negar! Negar sua perpetração, e não sua existência. Quanto a essa, é preciso assumi-la integralmente, mas não como um dado fatalista, antes, como uma realidade modificável, e perceber que não é possível mais aguardar um momento oportuno para realizar outra forma de movimento, outra forma de reivindicação. O momento é agora! É real! A indignação deve ser tal que desperte a latência da dignidade pela sua total aniquilação, e, com a partir dela, impulsione a ação: agir (ação) em face da negação da dignidade (indigna).

A sexta decisão, que podemos também lastrear nos estudos de Helio Gallardo[694], é rechaçar a universalidade dos direitos coletivos (humanos) porquanto frutos específicos de tramas sociais que se desencadeiam em espaços e tempos específicos. Trata-se de direitos

---

[693] FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

[694] GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos**.** Sevilla: David Sanchez Rubio editor, [19--].

histórica e culturalmente considerados, portanto, devemos aceitá-los como produtos culturais. E é a partir dessa decisão que podemos vislumbrar a desconstrução do paradigma jurídico-processual hegemônico, da totalidade. Ao aceitar os direitos como produtos culturais, pressupomos a aceitação da existência de distintas formas com as quais a vindicação dos mesmos podem ser conquistada. Essa decisão impõe a aceitação do fato do pluralismo jurídico, em seu amplo aspecto: existe direito para além da norma, para além do Estado, para além do sujeito, para além de nossa forma de viver em sociedade, para além dos limites de nossa formação político-ideológica.

Apesar da aceitação dessas decisões iniciais serem altamente complexas, e aqui reconhecemos nosso tímido esforço no sentido de trazer tais reflexões para a seara processual, porquanto ramo do direito de tez extremamente fechada, estática, estatal e totalitária, percebemos sua necessidade para ampliar o horizonte normativo da tutela, para desprendê-la do ranço formalista e positivista ao qual está submetida e, assim, consiga atingir escopos maiores, ainda que por meio do processo (estrutura tipicamente estatal).

Como forma de contribuir para esse momento de abertura do direito processual coletivo, o qual está em incipiente processo de ontologização, na medida em que percebemos que a proliferação doutrinária acrítica, aliada à crescente legiferação setorial tem estabelecido os limites ônticos dessa via instrumental, concluiremos nosso estudo indicando as aspirações das demandas coletivas e traçando perspectivas para a adoção da efetividade enquanto critério de valoração normativa metaindividual, lembrando que nossa perspectiva parte de um momento de transição paradigmática, de um modelo processual anacrônico, individualista e patrimonial, para outro aberto, plural, de tez não patrimonial.

4.2.1 As aspirações das demandas coletivas

Optamos, ao longo do presente trabalho, em analisar a tutela coletiva de um modo amplo, sem nos ater a direitos materiais específicos. É dizer: não limitamos nosso olhar à direitos materialmente determinados, como por exemplo, o meio ambiente ou o pluralismo jurídico. Por essa razão, nossa construção foi elaborada em torno da instrumentalidade da tutela, circunscrita a um local e momento histórico específicos (Brasil, pós 1988). Antes de elencar possíveis aspirações da tutela coletiva, é importante observar que o ideal é justamente o seu contrário: não haver necessidade de invocar o aparato jurisdicional estatal para promover a proteção dos direitos coletivos. Melhor seria que todos reconhecem e respeitassem as mais diversas formas de manifestação da vida e existência humana sem a

necessidade da intervenção judicial para tanto. Mas é preciso perceber que estamos imbricados em um momento histórico de estatização do direito e que urge ressignificar a tutela prestada para, assim, melhor atender as demandas coletivas.

A primeira aspiração da tutela coletiva é justamente essa via da instrumentalidade, qual seja, obter uma técnica processual adequada para concretizar os direitos coletivos. Essa instrumentalidade, já vista anteriormente, deve ser tal que permita um movimento sinestésico no processo, no qual o direito material consiga ser apreendido pelos sujeitos e instituições envolvidos em toda a sua complexidade, e o instrumento invocado revele-se apto para satisfazer sua concretização. Nesse sentido, a técnica processual restaria em latente estado de abertura, passível de ser flexionada de acordo com as contingências casuísticas, bem como, ao contexto histórico-político-cultural-econômico-social no qual está inserida. Este, seria o escopo jurídico da tutela: abrir-se para a cognição ampliativa do direito.

A segunda aspiração é qualificada pelo escopo social. É comum a afirmação de que o processo instrumentaliza a pacificação social. Ocorre que em um Estado qualificado pela democracia (esperamos, participativa) o escopo social do processo não pode ser limitado a manutenção da propalada "paz social", porquanto possa sinalizar a legitimação do aviltamento dos direitos coletivos (uso conformador-conformista da tutela coletiva). Apregoar a "paz social" traz consigo a ideia de manutenção de ordem e segurança jurídica, que em contextos de desigualdades sociais abissais tal como ocorre no Brasil, implica na assunção de uma postura omissa frente à desconstrução dos direitos coletivos. Assim, na contramão da doutrina processual tradicional, indicamos como aspiração social da tutela coletiva a concretização da cidadania, em seu amplo aspecto.

A terceira aspiração diz respeito aos aspectos econômicos envoltos pela própria atividade jurisdicional: a tutela deve ser tal que permita a otimização dos recursos, sejam eles materiais, humanos ou temporais. Espera-se uma via de tutela que não seja excessivamente onerosa, porquanto esta característica constitui óbice para a efetivação do direito de acesso a justiça, que atinja o maior número de pessoas e situações possíveis e que dure o tempo que for necessário[695] para atender adequadamente o direito vindicado.

A quarta aspiração é política: por meio da tutela coletiva logra-se redimensionar a relação entre o Estado e os seus cidadãos, bem como, entre os cidadãos e a lógica do mercado. Este aspecto, cremos, foi satisfatoriamente trabalhado ao longo do presente capítulo, porquanto implique, inclusive, na questão do redimensionamento da democracia com os três

[695] Por "tempo necessário", entenda-se: que a celeridade não prejudique a cognição da demanda, mas que também a demora não cause o perecimento do direito.

poderes no Brasil. Como foi visto, pela via coletiva espera-se construir um novo espaço de construção da democracia, que corresponderia à aspiração política.

Estas aspirações contribuem para a erição de uma exterioridade jurídico-processual, porquanto diferenciada do uso tradicional do direito e da tutela. Inspiram, também, um redimensionamento do próprio modo de valoração das normas jurídicas, porquanto pelo processo se aplicam e reivindicam direitos. Todas essas aspirações (jurídica, política, econômica e social), apontam no mesmo sentido: concreção do direito vindicado. Concreção implica em efetividade, que passaremos a analisar enquanto critério de valoração normativa.

4.2.2 A efetividade como critério de valoração normativa

A adoção da efetividade enquanto critério de valoração normativa é desafio polêmico e relevante. Polêmico, porque suscita diferentes posicionamentos doutrinários, mormente no que tange às teorizações sobre os critérios de valoração das normas jurídicas. Relevante, porque possui uma repercussão prática na concretização de direitos, inclusive os "fundamentais".

A ciência jurídica sofreu profunda influência kelseniana. Em nome da norma, do legalismo, da pretensa "pureza", a resolução da conflituosidade social se afastou da realidade, dos fatos. Paulatinamente, o Direito perde seu conteúdo humano, designando antes um conteúdo legalista e/ou uma opção político-partidária do que uma forma de expressão social. Da dimensão intersubjetiva, passamos a técnico-legislativa. Em um ambiente que contesta a eficácia das instituições e das leis, indagamos: quais são os critérios de valoração das normas jurídicas admissíveis? Imbuídos desse questionamento, iniciamos o nosso estudo[696]. A partir da análise comparativa dos critérios de valoração normativa em Hans Kelsen[697], Norberto Bobbio[698] e Tércio Sampaio Ferraz Junior[699], investigamos as noções de "validade", de

[696] O estudo não pretende ser exaustivo, antes, suscita reflexão sobre tema que gradativamente vem sendo preterido na ciência do Direito. A amplitude do tema demanda maiores digressões, não só no tocante às páginas que poderiam ser escritas, como, inclusive, na capacidade daquela que intenta. Assim, de imediato reconhecemos nossas limitações e pedimos vênia para realizar uma abordagem que não tenciona ser absoluta ou definitiva.

[697] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.; KELSEN, Hans. **Qué és la justicia?** Tradução de Leonor Calvera. Buenos Aires: Elaleph, 2000.

[698] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

[699] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

"vigência", de "eficácia", de "justiça", de "incidência" e de "sistematização".

Optamos por pormenorizar em tópicos específicos cada uma das teorizações dos juristas, já que a tríade de valoração admitida por cada um deles difere. Nesse sentido, passamos ao estudo da "Efetividade" enquanto critério de valoração normativa, dado que nenhuma das concepções cristalizadas a ela se refere. Estudamos o conceito de "Efetividade" e, após inserir a temática na Teoria da Norma e do Ordenamento Jurídico, afirmamos sua adoção enquanto critério valorativo, justificando-o como contingência da decidibilidade. Após, contextualizamos o processo de afirmação dos critérios de valoração normativa no movimento histórico de construção da norma hipotética fundamental. Para tanto, foi necessário comparar as teorias normativas hipotéticas em Kelsen e Bobbio, ressaltando, respectivamente, o fenômeno da "validade" e da "historicidade". Por fim, propomos um novo paradigma hipotético fundamental, construído por feixes normativos (de diversas espécies), todos convergentes, passíveis de mútua transposição, dotados de interferência recíproca e de transformação dinâmica.

A afirmação do caráter científico[700] do Direito não foi harmônica. Os primeiros estudos científicos jurídicos encontraram (como ainda encontram) um alto nível de dificuldade em conceituar o "Direito" enquanto "sistema de conhecimentos" sobre a realidade jurídica. Não sem razão, os desafios iniciais tangiam à identificação do sentido da ciência (que não é unívoco), à delimitação de seu objeto, ao estabelecimento de um método próprio e, principalmente, ao reconhecimento de sua autonomia, caractere este indispensável para distinguir o Direito das demais ciências. A dificuldade maior foi impingir um "limite de tolerância" com o qual essa novel ciência trabalha, já que, ao contrário das demais, o Direito trabalha com hipóteses, ou seja, enunciados que, em certa época, são de comprovação e verificação relativamente frágeis. Até então, todas as ciências cultivavam a cultura de refutar enunciados duvidosos ou de insuficiente verificação e/ou comprovação.

A particularidade do Direito, que lhe permite trabalhar com essas ditas "hipóteses", é a distinção de seu objeto, de caráter notadamente valorativo. Aliado a isto, trata-se de ciência de caráter prático, qual seja: logra interpretar normas tendo em vista sua posterior aplicação. Nesse sentido, inegável, também, o caráter normativo desta ciência, ao qual soma-se sua função interpretativa e decisória. A denominada "Teoria da Norma" constitui ponto crítico dentro da Ciência do Direito. De fato, foi a partir das construções teóricas kelsenianas que podemos, com maior propriedade, afirmar a existência de uma ciência jurídica autônoma.

---

[700] Por "ciência" designamos a concepção tradicional de conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá.

4.2.2.1 A concepção de Hans Kelsen na "Teoria Pura do Direito"

Hans Kelsen (Praga, 1881 – Berkeley, 1973), constitui um marco na ciência jurídica. Sua obra pioneira "Teoria Pura do Direito", publicada em 1934, é a primeira tentativa fundamentada em delimitar a autonomia científica do Direito.

Os críticos de Kelsen ressaltam, em uníssono, a opção metodológica do jurista em estabelecer a norma como objeto de estudo do Direito. Contudo, superar sua construção teórica é empreitada que poucos ousam executar. As críticas mais ferrenhas cingem à exclusão, por Kelsen, de temáticas "extra-jurídicas", tal como a "justiça", do âmbito científico do Direito. Para esses críticos, o aspecto valorativo é intrínseco à própria existência do Direito, motivo pelo qual refutá-lo é o mesmo que negá-lo. Ao contrário do que o senso comum desperta, Kelsen não ignorou a temática da justiça. Em sua obra "Que és la justicia?", o jurista dedica-se ao estudo dessa tão importante temática que, segundo ele, se ocuparam inúmeros estudiosos, aos longo do tempo. Após citar as tentativas teóricas de Platão, Aristóteles, entre outros, de estabelecer um conceito universal e absoluto do que venha a ser "justiça", Kelsen finaliza sua análise ponderando ser possível somente estabelecer o que é justiça para ele próprio, ou seja, só é possível ao Homem estabelecer um conceito relativo de justiça. Somente poderíamos cogitar o que é a justiça para nós mesmos, segundo nossas experiências, aspirações, história de vida, contexto social, enfim. Conclui:

> Em rigor, não sei e nem posso dizer o que é a justiça, a justiça absoluta, esse lindo sonho da humanidade. Devo me conformar com a justiça relativa: somente posso dizer o que a justiça é para mim.
> Uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, constitui o que de mais importante em minha vida, a justiça é para mim o que sustenta e protege o florescimento da ciência e, junto com esta, florescem a verdade e a sinceridade.
> É a justiça da liberdade, a justiça da paz, a justiça da democracia, a justiça da tolerância.[701]

A partir dessas análises, é possível indicar os fundamentos de sua teoria do direito e da norma jurídica. Sendo a justiça aquilo que leva o ser humano à felicidade, e sendo certo que é impossível fazer, sempre, todos os indivíduos felizes o tempo todo, Kelsen concebe a existência de uma hierarquia de valores na sociedade, que é refletido no sistema positivo. Essa hierarquia seria resultado de influências recíprocas dentro de um dado grupo (família, raça, clã, casta, profissão) e em determinadas condicionantes históricas. Nesse momento,

[701] KELSEN, Hans. **Qué és la justicia?** Tradução de Leonor Calvera. Buenos Aires: Elaleph, 2000. p. 83.

identificamos um ponto de convergência com as premissas de sua "Teoria Pura do Direito": à ciência jurídica não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. Para Kelsen, essas indagações, que incidem diretamente sobre a hierarquia de valores existentes na sociedade, são pertinentes à política do Estado, não ao Direito.

> A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.
> Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procurar responder a esta questão: o que é e como é o Direito? (...)
> Quando a si própria se designa "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.[702]

Com isso, Kelsen não pretende excluir as demais formas de análise ou ciências; antes, pretende afirmar que o conhecimento jurídico se dirige às normas. Sua intenção precípua é evitar o sincretismo metodológico e, para tanto parte da hipótese de que o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento (jurídico), é uma ordem (sistema) normativa de conduta humana (dever ser). Em sua "Teoria Pura do Direito", constatamos o estudo da norma jurídica a partir de sua tríplice valoração, pautada nos seguintes critérios: validade (atributo de existência); vigência (atributo da capacidade de produzir ou surtir efeitos); e eficácia (atributo que remete à obediência e observação das normas pelos sujeitos, que passam a orientar suas condutas lastreados nessas). Tais critérios de valoração subsidiam uma concepção limitada da norma jurídica, entendida como ordem coativa, que estabelece a imposição de um ato de coação contra situações sociais consideradas indesejáveis.

4.2.2.2 A concepção de Norberto Bobbio na "Teoria da Norma Jurídica"

Norberto Bobbio (Torino, 1909 – 2004), atualmente considerado um dos maiores teóricos do Direito e da Política, coincidentemente tal como Kelsen, publica sua obra-marco em 1934, consistente em estudos de Filosofia do Direito sobre a influência da fenomenologia de

[702] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

Edmund Husserl sobre a Filosofia jurídica e social. Pertinente à presente análise, constatamos que Bobbio deu sequência à posição clássica de Kelsen ao adotar o normativismo – o Direito entendido como conjunto de normas válidas – como ponto de vista preferencial na definição do fenômeno jurídico[703]. Em 1958 publica a primeira edição de "Teoria da Norma Jurídica", na qual indentificamos capítulo que trata sobre os diferentes ângulos que as normas jurídicas podem ser percebidas e estudadas: justiça, validade e eficácia. Ao contrário da concepção kelseniana, notamos que Bobbio não refuta o problema da justiça do âmbito científico do Direito, trazendo esse componente valorativo para o bojo jurídico. Desta feita, podemos constatar indícios do culturalismo jurídico nos estudos de Bobbio, que posteriormente é trabalhado por Miguel Reale em sua Teoria Tridimensional do Direito.

Para Bobbio, as normas jurídicas são parte da experiência jurídica, mas não toda ela. Há outras realidades normativas que não podemos ignorar, como por exemplo: a religião, a moral, bem como outros conjuntos ordenados de regras de conduta.

> A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte das regras já se tornaram tão habituais que não nos apercebemos mais de sua presença.[704]

Fenômeno comum à estas regras é a tríade valorativa à qual se submetem. Segundo Bobbio, as normas jurídicas podem ser analisadas a partir de três critérios: (a) se é justa ou injusta; (b) se é válida ou inválida; (c) se é eficaz ou ineficaz. Nesse sentido, importante analisar o conceito de "justiça" em Bobbio, que a entende como sendo uma análise da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico (deontologia).

Além da aceitação do critério da justiça, Bobbio difere da teoria kelseniana ao dimensionar a "validade" a partir de premissas diversas. Para ele, esse critério se identifica com o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor que se possa fazer sobre a mesma (ontologia). Sua verificação depende das seguintes análises: (b.1) verificação da legitimidade (competência da autoridade); (b.2) verificação da não ab-rogação (norma sucessiva no tempo); e (b.3) verificação da compatibilidade da norma com outras no sistema (ab-rogação implícita).

---

[703] BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 110.

[704] **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 26.

Bobbio complementa seu estudo analisando a independência daqueles critérios de valoração das normas jurídicas. Nesse sentido, afirma que: 1) Uma norma pode ser justa sem ser válida (ex. direito natural); 2) Pode ser válida sem ser justa (ex. escravidão); 3) Pode ser válida sem ser eficaz (ex. bebidas alcoólicas nos EUA); 4) Pode ser eficaz sem ser válida (ex. regras da boa educação); 5) Pode ser justa sem ser eficaz (ex. normas constitucionais); 6) Pode ser eficaz sem ser justa (ex. escravidão). Do exposto, percebemos que os critérios propostos por Bobbio possuem um forte componente cultural ou valorativo, ao trazer para a ciência do Direito o questionamento axiológico da "justiça".

4.2.2.3 A concepção de Tércio Sampaio Ferraz Junior na "Ciência do Direito"

Tércio Sampaio Ferraz Junior (São Paulo, 1941), jurista brasileiro, partindo da análise da Teoria do Ordenamento jurídico de Norberto Bobbio, lhe impinge novo horizonte científico. Para o jusfilósofo, para além da preocupação estrutural com o que seja o Direito válido, essa definição tem a ver com a eficácia da norma, referindo-se ao problema da função do Direito, colocando-o, diferentemente de Kelsen, como um fenômeno que, além de não se confundir nem somente regular força, instrumentaliza a consecução de determinados fins valorativos da sociedade.[705]

A problematização do Direito enquanto ciência é para Tércio menos um problema com a verdade do que com a questão da decidibilidade, constituindo esta a verdadeira e máxima preocupação do Direito. Para ele, a qualidade de não refutabilidade absoluta dos enunciados do Direito, lhe impinge caráter instrumental. Esta instrumentalidade se dá devido ao fato de que o Direito possui uma finalidade pré-determinada: a decisão. Assim, essa ciência é um saber tecnológico no qual os enunciados são dispostos de tal modo que confluam para uma determinada decisão. Nesse movimento, a dogmatização dos pontos de partida torna-se um imperativo, e a atividade do construtor do direito vislumbra uma aplicação prática.

Conceito central em sua teoria é a concepção dos critérios de valoração das normas jurídicas. Tércio retoma a tríade kelseniana de validade, vigência e eficácia, porém, dá-lhe novos contornos. A "validade" em Tércio pode ser referente ao âmbito fático (incidência), ao constitucional (integração num sistema unitário) e ao ideal (validade em virtude de uma proposta

[705] BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 111.

argumentativa). Notamos que sua construção é trabalhosa, extremamente técnica e, por isso, precisa. No tocante aos outros dois critérios, Tércio modifica seu alcance: vigência é a verificação das condições formais de aplicabilidade; eficácia é a análise da possibilidade real de ser aplicada**.**

Do que foi exposto, notamos que: (a) os critérios de valoração das normas jurídicas não são os mesmos em Kelsen, Bobbio e Tércio; (b) Kelsen enfatiza o âmbito da "validade", valorando a hierarquia como fonte de validação; (c) Bobbio resgata um critério axiológico negado por Kelsen, qual seja, a "justiça"; (d) Tércio confere novo delineamento à tríade kelseniana, a partir da problematização da decidibilidade como questão central do Direito. Neste último sentido, notamos que a eficácia passa a requerer uma nova significação que, ao nosso ver, extrapola os limites de "capacidade de produzir efeitos" (Kelsen), e se firma numa zona limítrofe com a noção de "efetividade": possibilidade real de ser aplicada.

4.2.2.4 O critério da efetividade

Sumariamente podemos definir a "Efetividade" como sendo o atributo de algo, instrumento, procedimento, fase ou, no que aqui pretendemos defender, critério que cumpre adequadamente, de forma rápida, eficaz e não excessivamente onerosa, sua finalidade.

Inúmeras são as divisões que poderiam ser feitas da "efetividade". Citamos, como exemplo, a seguinte classificação: a Efetividade Interna (1), da qual são espécies a efetividade interna extrajudicial (1.a), que se subdivide em administrativa (1.a.I) e investigativa (1.a.II); e a efetividade interna judicial (1.b), que também se parte em efetividade postulatória (1.b.I), instrutória (1.b.II), procedimental e decisória (1.b.III) e executória e reparatória (1.b.IV). De outro lado, a Efetividade externa (2).

Atualmente tornou-se lugar-comum questionar a efetividade de instrumentos normativos. Contudo, para além das especificidades de cada ramo do Direito, como pretender uma análise amplificada deste fenômeno?

Nos últimos anos, percebemos que o Brasil passou (e passa) por um período de "reformas". A constatação de que as estruturas dispostas não são hábeis a satisfazer às pretensões e aspirações sociais propiciaram um ambiente em que "tudo precisa ser reformado". Sistemas financeiros, educacionais, culturais, relacionais e, porque não, jurídicos, passaram a ser questionados. No tocante à ordem jurídica estabelecida, os debates se concentram na discussão sobre a necessidade de edição de novas leis, novos código. Já foi

dito que a miragem do fenômeno da codificação é sua completude. Em outras palavras: a edição de leis novas não resolve o problema da efetividade dos direitos se, com isso, a ciência jurídica e os construtores do direito não se dedicarem ao estudo das estruturas do nosso sistema jurídico e, também, se prostrarem alheios à necessidade contínua e ininterrupta de refletirem e realizarem o direito com vistas à efetivação dos direitos fudamentais. De nada serve a técnica se seus operadores não souberem manuseá-la.

Ao qualificarmos fenômenos jurídicos tais como o processo, a tutela e, até mesmo, o direito, com o termo "efetividade" queremos, com isso, expressar o seu desempenho e realização de modo satisfatório, completo, consoante aos objetivos colimados. Designamos, acima de tudo, um fenômeno que existe na realidade ou que se torna real. É dizer, também, que determinado fenômeno é eficaz, sob o ponto de vista da eficiência. Marcelo Zenkner[706] ensina que a palavra efetividade advém do latim *efficere*, o qual significa produzir, realizar, estar ativo de fato. Relaciona-se à preocupação com a eficácia da lei, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.

Notamos que o conceito "efetividade" traz em seu bojo a concretização de "algo". Este "algo", no ordenamento jurídico brasileiro, é a própria tutela jurisdicional do direito material questionado. Para Luiz Guilherme Marinoni:

> A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do *resultado que é proporcionado pelo processo no plano de direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. *Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado.* Como direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.

Atualmente, vivenciamos um momento histórico de constatação da inefetividade da tutela de direitos. Sérgio da Cruz Arenhart[707] aponta como possíveis causas dessa inefetividade a crise de legitimidade pela qual o Estado atravessa e a constante tensão existente entre a realidade (ser) e a atuação estatal (dever ser). Esse descompasso, sentido em todos os ramos do Direito, contribui para a edição de normas processuais (dever ser) esparsas e obsoletas, atualizadas somente de modo reflexo e mediato ao Direito Civil (ser), como se deste fosse mero apêndice. Desta postura decorre, lógica e invariavelmente, a ineficácia e

---

[706] ZENKNER, Marcelo. **Ministério público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. (Temas Fundamentais de Direito, 3). p. 22-23.

[707] ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, 6).

inaptidão do processo em servir de instrumento à consecução e acesso à justiça. Se há um descompasso entre o direito positivado e os conflitos reais, imperioso reconhecer que há uma contingência negligenciada: a decidibilidade.

Como foi dito anteriormente Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que a questão central do Direito é a decidibilidade. Ora, se a finalidade da norma jurídica é ser aplicada, a decisão passa a comportar a problemática da efetividade. Não basta haver direitos declarados, legítimos, reconhecidos: há que aplicá-los. Ocorre que essa aplicação do direito não decorre pura e simplesmente de uma atividade mecânica do operador do Direito. Na verdade, somos todos "construtores do direito", devendo estar cientes que nossas interferência repercute na realidade, modificando-a. desse modo, Tércio concebe um modelo empírico da ciência jurídica, de acentuada função descritiva. Nesse momento, ele atinge o problema da interpretação, entendendo que toda norma, pelo simples fato de ser posta, é possível de interpretação. A atividade de interpretar uma norma posta é um movimento duplo: interpretação do sujeito sobre uma interpretação posta. Seja qual for o sentido, sempre partimos de um ponto aceito como relativamente certo: portanto, há um caráter dogmático (indiscutível) no ponto de partida (escolhido, relativo). Essa adoção do princípio dogmático impede o recuo ao infinito, sendo que o mesmo ocorre com a norma hipotética fundamental de Kelsen.

Notamos que para que ocorra uma decisão, é preciso ter escolhas, e para que estas escolhas sejam evidenciadas, o jurista deve recorrer à atividade interpretativa. Nesse movimento, contará com a análise de normas: com o "todo" normativo como conjunto globalmente vinculante (unidade do sistema); e com o fundamento de validade de todas as normas (norma hipotética fundamental). Não é excessivo dar um passo além nesse raciocínio, no sentido de que é possível analisar a norma jurídica também sob o ponto de vista da decisão obtida, observando a relação de correspondência entre ambas e, mais, sua concretização no mundo fático. Assim, entendemos que dentre os critérios de valoração da norma jurídica, podemos questionar sua validade, vigência, eficácia, justiça e efetividade.

Nesse momento, cumpre-nos discorrer sobre a norma hipotética fundamental, para então retomar o conceito de validade em Kelsen e concluir por um novo paradigma de norma hipotética fundamental. A norma Hipotética Fundamental, em Kelsen, é um ponto de partida dogmático, pressuposto. Sua validade é tal que não se relaciona com nenhuma outra norma posta do sistema. Para Bobbio, a busca pela norma hipotética fundamental em um escalonamento normativo somente é possível se vislumbrarmos a mesma como um ato de poder (originário, portanto, não relacional). Tércio trabalha esse postulado de um modo fundamentado: para ele, a norma hipotética fundamental é o modo pelo qual o cientista consegue interromper uma série normativa

infinitamente regressiva ou progressiva. Desse modo, seria plausível afirmar o surgimento histórico da norma hipotética fundamental, identificável sempre que uma série não dá conta das demandas e o próprio sistema exige a mudança no padrão de funcionamento.

A norma hipotética fundamental possui, inicialmente, uma funcionalidade determinada: baliza a análise da "validade" enquanto critério de valoração normativa. Segundo Kelsen, a validade da norma depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental, devendo buscar nessa sua fonte de validação, de existência. Como as regras jurídicas integram um sistema dinâmico, pouco importa o seu conteúdo. Contudo, é necessário um mínimo de eficácia. Em sua "Teoria Pura do Direito", Kelsen dá indicativos do teor do critério da validade: é a análise da competência da autoridade expedidora da norma; de sua eficácia, mesmo que mínima; e de sua eficácia global na ordem de que é componente. A concepção kelseniana da norma hipotética fundamental permitiu a concepção triangular do sistema jurídico, no qual aquela ocuparia o vértice de uma figura piramídica invertida: o "cume", voltado para baixo, representa o núcleo de validação de toda a base piramídica. Exemplificando, teríamos, no Brasil, a CF/88 como base de nosso sistema, do qual emana toda a validade das normas postas.

Ocorre que a complexidade das relações e, principalmente, da conflituosidade social, nos revelou uma necessária mudança na figura de retratação dos sistemas jurídicos. Numa concepção sistêmica aberta e flexível do direito, entendemos o ordenamento jurídico como sendo um emaranhado de feixes normativos que se entrelaçam, se cruzam e, por vezes se transpassam. Esses feixes, mesmo que aleatórios, são colocados, todos, em cruzamento. A convergência desse emaranhado constitui nossa norma hipotética fundamental. Nessa concepção aberta, todo e qualquer novo feixe normativo pode adentrar o sistema. Dinâmica, essa figura possibilita a mutação da norma hipotética conforme a mudança dos feixes. Cada novo feixe normativo traz em seu bojo uma nova possibilidade, ressalvando que deverá atravessar, necessariamente, o eixo central de convergência de todas as demais "setas" normativas.

Mas não podemos deixar de refletir, também, o quão limitada é essa teorização, porquanto, frisamos, aplicável dentro de uma perspectiva positiva, que reduz direito à lei e tem como pressuposto um ordenamento jurídico específico, estatizado. Essa visão é limitada porquanto oculta o fato do pluralismo jurídico, que não consegue (ou pode) ser enquadrado. A adoção da efetividade enquanto enfoque e critério de valoração é um dos movimentos possíveis para manter um mínimo de abertura no redimensionamento das normas jurídicas e, como restou demonstrado, é uma alternativa possível.

4.3 A conformação-libertária: considerações finais

Nossa busca febril por traçar novas perspectivas para a tutela coletiva no Brasil, é sintoma de uma patologia crônica, descoberta em momento antagônico de nossa trajetória profissional (enquanto "operadores" do "direito", como se este fosse redutível à sua feição "técnica"), e desde então, não remediada. Foi enquanto órgão de execução da DPE/SP que a vivemos o desfalecimento da teoria que nos fora ensinada nos bancos universitários, cuja essência revelou-se demasiado frágil para suportar o confronto com a prática, com o real. Para além da teoria, foi com nossos sentidos que experimentamos o absurdo do direito pela primeira vez, em momentos em que ele se nos apresentava "sendo" o que "não deveria ser". O direito, quando levado às ruas, quando tirado dos textos, quando "graduado", paradoxalmente não suporta a realidade que o comporta. Diante o caos, o direito rebenta: não suporta, e cai. Diante o humano, as reivindicações sociais, as contingências específicas, a forma deforma, definha e cai. Foi nesse contexto que experimentamos a absurdidade pela primeira vez. E pela segunda, terceira e reiteradas outras tantas vezes, cada qual em um contexto, cada qual com um pretexto. A literatura jurídica disponível não dá conta da complexidade do humano. Isso não nos é ensinado nas arcádias.

Quando a lei toma forma e o direito é colocado a sua frente materializado na forma humana, com olhos que brilham, lacrimejam e se apagam, não há método ou teoria que abarque qualquer dos sentimentos que são despertados por ocasião. Foi olhando em olhos reais, de pessoas que não tinham alternativas senão clamar por justiça, uma justiça institucionalizada, elitista, conservadora, tal como seus instrumentos, e pessoas, e órgãos, que experimentamos a absurdidade em sua plenitude. Foi olhando a injustiça fazer padecer pessoas, tolhendo suas vidas, ceifando os seus sonhos, que percebemos, diante nossos olhos, o perecer da cidadania, em um contexto no qual os preceitos democráticos, invocados em nome da lei, aviltaram a dignidade e vida humana. Foi assistindo o direito enquanto espetáculo, que vimos o teatro da justiça ser encenado, em uma peça democrática forjada, cujo ato final quase sempre era a negação da vida: a morte.

Não é exagero nosso, não obstante padeçamos de dados estatísticos ou fontes bibliográficas confiáveis, afirmar que as pessoas morrem no processo. Foram inúmeros os casos em que participamos pleiteando alimentos, medicação, tratamentos médicos, cujo prolongamento dos trâmites processuais, aliado ao distanciamento dos sujeitos processuais

diante o absurdo da negação dos bens mais básicos da vida, culminou com a morte de pessoas. A vida "é", existe, é real. Foi confrontando a morte que optamos pela vida.

Esse contexto de negação sistemática de valores, de direitos, de vidas, de pessoas, para além da negação das garantias processuais e constitucionais, é para nós um absurdo. E o sentimento de absurdidade, nos serve como alerta, como despertar. É preciso lutar pela vida! É preciso ousar refutar o absurdo. A realidade para nós é notória, mais do que evidente, bem como, é notória a urgência pela humanização do processo, das relações, da vida!

Nessas considerações finais não invocaremos teorias, não colacionaremos julgados, nem normas, nem citações, nem quaisquer outras formulações abstratas. Invocaremos sentimentos: desconforto, mal-estar, absurdidade, indignação. Invocaremos emoções: esperança, compromisso, respeito. Invocaremos sonhos, desejos, subjetividade. Nosso intuito é tecer um apelo humano, razão última pela qual tudo construimos: sociedade, Estado, direito, ciência, lei. Todos os nossos inventos, dos menores aos maiores, desde a antiguidade até os dias atuais, dos bem-sucedidos aos fadados o insucesso, todos eles foram projetados pelo sonho. Todos eles tinham como objetivo realizar algum tipo de melhora no mundo, independentemente da escala de interferência. Com o processo, com o direito em si, não é diferente: seu objetivo deve ser guiado pelo mesmo caminho. Sonhar uma realidade melhor. Sonhar a ampliação do acesso aos bens da vida. Jamais ser o seu contrário (a morte).

Talvez motivados por um desses raros momentos de lucidez ou insanidade, chegamos ao final desse trabalho percebendo que são as pessoas que conferem significado as coisas. São as pessoas em suas práticas, em seus sonhos e posturas que orientam as situações, as instituições, as tutelas, enfim, o direito. São as pessoas que instrumentalizam ou não o direito enquanto prática solidária, afetiva, harmoniosa, plural. E é nesse movimento de instrumentalização, de significação que nos colocamos como sujeitos e pesquisadores da tutela coletiva brasileira. Buscamos conferir um significado humano, mostrando o que entendemos por absurdo e refutamos como futuro incontestável. Caminhamos um percurso interpretativo tortuoso e denso, para o qual confluíram teorias, teóricos, normas, julgamentos, instituições, institutos, tudo serviu para fundamentar uma simples afirmação, que de tão obvia nos escapa ao entendimento: a tutela, seja ela qual for, deve proteger a vida. E a vida só é vida se qualificada com a liberdade. O direito só é vida se identificado com a liberdade.

O existencialismo camusiano nos revela que o simples caminhar pode encher de vida o coração de um homem. Complementamos: também pode alastrar a morte se em seu caminho o homem ignorar a queda dos que estão a sua volta.

No caminho trilhado para a construção de uma democracia brasileira, estes sentimentos, para além de todo o arcabouço normativo exaustivamente invocado, também estão presentes. Há vida, e pulsa! Não há como conceber outra forma de tutela do que aquela que contribua para a construção da vida, esteja ela inserida no contexto que for. O uso da tutela que se afasta desta libertação, que castra sonhos e ceifa vidas, conformando os sujeitos e realidade a uma situação que não aquela em que direitos são efetivados, é, em si, um absurdo que deve ser refutado. Para nós, não há outra forma de encarar o direito, a norma, a vida. Só há um modo de conceber a tutela coletiva: enquanto instrumento de construção de um projeto político que preserve a vida, construindo a liberdade.

Sim, é preciso imaginar Sísifo feliz!

Liberdade

Não ficarei tão só no campo da arte,
e, ânimo forte, sobranceiro e forte,
tudo farei para exaltar-se,
serenamente, alheio à própria sorte.

Para que eu possa um dia contemplar-te
dominadora, em férvido transporte,
direi que és bela e pura em toda parte,
por maior risco em que essa audácia importe.
Queira-te eu tanto, e de tal modo em suma,
que não exista força humana alguma
que esta paixão embriagadora dome.

E que eu por ti, se torturado for;
possa feliz, indiferente à dor;
morrer sorrindo a murmurar teu nome.

Carlos Marighella

CONCLUSÃO

> Que garantia pode ter da validade desta filosofia?
> Certeza absoluta, a do 2+2=4, nunca a terá filosofia alguma. Mas não porque não seja metódica, e sim porque o tema que pensa é o homem, sua história, a realidade da liberdade.
>
> Enrique Dussel, 1977.

Ao propor-nos como tema de pesquisa o estudo da tutela coletiva brasileira, realizamos cortes temáticos e metodológicos os quais nos permitiram delimitar melhor nossa hipótese de trabalho, qual seja: de que a mesma constitui um instrumento necessário para a configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, trabalhamos com o conceito bifurcado de conformação, ora entendido como conformação-conformista, porquanto possa servir para a resignação da realidade a um projeto político-liberal hegemônico, ora entendido como conformação-libertária, uma vez que vislumbramos possibilidade da via coletiva constituir um novo espaço jurídico-político para a construção da democracia, cujo atributo principal seria a libertação do sujeito (libertação como emancipação).

No desenvolvimento dos seus quatro capítulos, pudemos atingir algumas conclusões, que dizem respeito tanto ao método de pesquisa empregado, quanto aos resultados obtidos. Elencaremos as principais:

1. A análise da tutela coletiva, porquanto remeta à investigação da proteção e efetivação jurisdicional prestada pelo Estado em relação aos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, impõe uma leitura sobre as estruturas e modo de funcionamento estatal;

2. Dentre as formas de análise possíveis, a transdisciplinar é a que melhor atende aos anseios de compreensão da complexa relação que se estabelece entre ‘sociedade’, ‘direito’ e ‘Estado’, porquanto permite uma análise ampla do fenômeno, através de diferentes perspectivas, dentre elas, destacamos a sociológica, a antropológica e a jurídica. A partir do enfoque transdisciplinar, foi possível concluir que a forma de organização de vida em sociedade, embora disseminada como forma organizativa social hegemônica, é somente uma das alternativas possíveis, não podendo, portanto, ser tida como uma premissa essencial para o desenvolvimento humano;

3. As teorias que explicam o fenômeno do Estado tendem a fazê-lo por meio de construções abstratas, tradicionalmente assentadas sobre a ideia de que os integrantes da

sociedade entram em um determinado consenso sobre a forma de viver comum e, uma vez discutidas e acordados os termos de convivência, estabelecem um tipo de pacto social, ao qual se sujeitam todos os membros desse novo corpo social, cuja característica maior é a capacidade de convergência de forças maiores que a dos sujeitos individualmente considerados;

4. São exemplos de teóricos dessa tradição contratualista Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke, cujas teorias avançaram os séculos e repercutem ainda hoje no modo de conceber a vida em sociedade estatal, basicamente, influenciando os contextos constitucionais a trabalharem com o pressuposto da essencialidade do Estado e da existência de um consenso sobre os termos do contrato social;

5. Trabalhamos com a hipótese de que há uma existência para além do Estado e que, uma vez que os sujeitos são seres inacabados, são projetos em construção, o sobredito "consenso" do "contrato social" é cada vez mais escasso, e a legitimação do Estado e do Direito, nesse contexto, é construída sobre pilares fictícios que impõe padrões de comportamento pré-concebidos que não se enquadram com a realidade. A construção de ficções corresponde a uma racionalidade exacerbada que dissocia teoria da realidade, o que, no campo do direito e da política, contribui para a adoção de um método (o racional) típico de uma ciência demonstrativa;

6. A partir da antropologia do direito, pudemos questionar a imprescindibilidade do Estado frente ao fenômeno social. É dizer: Sociedade e Estado são termos distintos, assim como o é o Direito. É possível ver florescer o Direito numa comunidade que desconheça o fenômeno estatal. É possível, também, haver sociedade a despeito de seu engessamento e forma estatal;

7. A América Latina constitui uma particularidade histórica, porquanto sua forma de organização social foi modelada conforme um projeto político específico, consistente nas metrópoles européias, que impuseram o seu modelo de sociedade, de política, de direito e de Estado, constituindo uma totalidade e oprimindo realidades humanas e culturais que não satisfizeram aos seus anseios expansionistas;

8. A afirmação da racionalidade e do consenso do contrato social mascara a (re)afirmação de um projeto específico de dominação que não merece prosperar, inclusive nos discursos jurídico-científicos. É impossível haver consenso em uma realidade desigual como a brasileira (a despeito da suposta igualdade formal propagada). Comprovando essa afirmação, analisamos os dados compilados no Relatório de Desenvolvimento Humano do ano de 2010 e o Relatório "A Democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos", ambos elaborados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento;

9. A compreensão da expressão "Estado democrático de direito" impõe uma análise os elementos que o constituem, a saber: Estado de direito, direito e democracia.

10. Estado de direito e Estado democrático de direito não são expressões sinônimas, porquanto o adjetivo "democrático" qualifica o termo "Estado", modificando-o por completo, e expressaria o entendimento de que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo. Em última análise, o adjetivo qualifica um Estado de Direito e da Justiça Social, porquanto projeta-se antes a concretizar valores sociais do que meramente declará-los;

11. "Estado de direito", enquanto forma de organização da sociedade política complexa, é fenômeno histórico recente, e atende a diferentes vertentes: a legal (governos *per lege* e *sub lege*) e a constitucional (na qual se insere o Estado democrático de direito brasileiro);

12. "Direito" é um termo polissêmico, podendo designar tanto um conjunto regulatório de opressão e dominação social, como uma plataforma mínima de garantias que propiciem a emancipação social. Nesse sentido, pudemos investigar o direito como fenômeno decisório vinculado ao poder e o direito como ontologia estatal;

13. A CF/88 realiza uma ruptura na ordem jurídica vigente e institui um Estado democrático de direito, hipótese esta *sui generis* da vertente constitucional do Estado de direito, que se diferencia pela irradiação do preceito democrático para todos os elementos constituintes do Estado, inclusive, sobre a ordem jurídica estabelecida;

14. Os principais contornos da hipótese brasileira, elencados no artigo 1° da CF/88, são: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V). Além disso, a partir do texto constitucional é possível traçar as características ou estruturas fundantes deste Estado: a autodeterminação do povo brasileiro em relação às demais nações do mundo (incluindo com isso a noção de salvaguarda de seus interesses e identidade cultural), o respeito à pessoa humana em sentido universal (tornando o homem "valor fonte" de todos os valores), a desestatização da economia e a vedação de qualquer forma de totalitarismo ou implantação de um sistema único partidário.

15. Um Estado assim qualificado adquire um papel promocional, ou seja, o próprio Estado deve intervir como agente fomentador de todo e qualquer interesse referente à cidadania e à democracia. A postura que se espera deste modelo estatal é então aquela prospectiva, no sentido de funcionar como catalisador da projeção daqueles direitos ou interesses afetos aos direitos fundamentais e a cidadania, para, assim, permitir a irradiação de seus efeitos sobre a democracia;

16. O afloramento de uma nova realidade transindividual revela a fundamentalidade de se viabilizar uma alteração da prestação jurisdicional, para que também essa ordem de direitos e interesses revelada (a coletiva) possa ser satisfatoriamente tutela pelo Estado democrático de direito brasileiro;

17. Dentro das diversas teorias que tentam explicar o afloramento dos direitos coletivos, encontramos a teoria geracional dos direitos humanos e as formulações que questionam a problemática do direito de acesso a justiça, porquanto a coletivização de conflitos e interesses seria uma das estratégias de sua efetivação;

18. A teoria geracional dos direitos humanos não é imune a críticas. Assim como a tipologia dos direitos coletivos pretendeu, em um primeiro momento, ser didática, também o tencionou a categorização dos direitos humanos, contudo, notamos que sua consolidação enquanto teoria ou doutrina acabou contribuindo para a afirmação de uma cultura anestésica de direitos humanos, de tez pós violatória e fictícia. Ao estabelecer gerações de direitos humanos, padroniza-se uma realidade em nível abstrato e menospreza-se a realidade, o fato do pluralismo jurídico, o que acaba prejudicando não só o reconhecimento de outras normatividades, mas, sobretudo, contribuindo para a precarização dos direitos, do homem e do Direito;

19.O Brasil contempla, em sua estrutura jurídico-normativa, a proteção ao direito de acesso a justiça coletiva, porquanto essencial para satisfazer, adequadamente, os interesses humanos e fundamentais qualificados como coletivos. Referida proteção conta, inclusive, com instrumentos de acesso previstos na CF/88, e instrumentalizam a tutela do direito objetivo (controle de constitucionalidade), bem como, das diversas espécies de direitos coletivos existentes;

20. São ações coletivas de previsão constitucional: artigos 102, I, "a" (ADIn e ADECON); 36, III (ADIn interventiva); 103, §2º (ADIn por omissão); e §1º (ADPF); a ação popular (art.5º, LXXIII), a ação civil pública (art.129, III), o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX), o mandado de injunção (art.5º, LXXI), a ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§ 10 e 11) e o dissídio coletivo (art.114);

21. O estudo da tutela coletiva demanda o desprendimento das fórmulas processuais clássicas tradicionais, cujos institutos foram pensados e implementados para resolver uma gama específica de pretensões, quais sejam, as individuais, decorrentes de relações privadas, tendo por objeto bens jurídicos patrimoniais disponíveis;

22. Existe uma gama de direitos que, por sua origem comum, transcendência individual de titularidade e indivisibilidade da pretensão de direito material, só podem ser tutelados se apreciados de forma coletiva. São direitos ou interesses ditos genuinamente metaindividuais, cuja única via de acesso efetivo à proteção jurisdicional é a coletiva (ações

coletivas). Nesses casos, dizemos tratar-se de tutela coletiva de direitos. Por outro lado, há uma sorte de direitos ou interesses que, apesar de sua determinada titularidade ou até mesmo divisibilidade de seu objeto, são mais adequadamente tutelados via coletiva. São direitos cuja acionabilidade judicial resta comprometida se realizada através do sistema de tutela individual, seja devido aos obstáculos econômicos que se apresentam, seja devido aqueles de ordem social, política ou até mesmo técnica;

23. A análise da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos abre perspectivas para a investigação das categorias de direitos passíveis de serem defendidos pelas ações coletivas. No Brasil , coexistem três ordens de direitos ou interesses coletivos lato sensu, a saber: difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos. Os dois primeiros remetem à genuína tutela de direitos coletivos, enquanto o segundo implica numa espécie de tutela coletiva de direitos;

24. A categorização dos direitos coletivos, porquanto inicialmente didática e concebida para melhor tutelar cada um dos interesses afetos, adquiriu extremada relevância formal ao longo dos anos, passando mesmo a fórmula a suplantar seu conteúdo material, de modo que atualmente podemos afirmar haver sérias críticas quanto à concepção dos direitos coletivos em categorias;

25. Essa categorização em direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos é uma particularidade brasileira, cujo pioneirismo desponta como referência normativa e doutrinária no cenário latino-americano quanto à tutela coletiva , o que poderia ser justificado por algumas razões cogitadas: a) a particularidade da tutela coletiva brasileira abranger, além dos direitos coletivos e difusos, também os individuais homogêneos; b) a extensão e diversidade territorial, populacional e étnica brasileira, que podem ter propiciado um ambiente de maior contingência de tutela coletiva, haja vista o incremento do número de violações possíveis de serem perpetrados, bem como, da necessidade de invocar a tutela jurisdicional, o que refletiria no aumento considerável de atividade legislativa setorial e da preocupação doutrinária em melhor analisar referido fenômeno; c) o atraso ou persistência na restrição do olhar latino-americano sobre a tutela coletiva, desde há muito limitado no fenômeno da positivação normativa e da abstração teórica, nesse sentido, o avanço brasileiro, tão "notável" no âmbito legal e teórico, não é analisado sob o ponto de vista prático ou empírico, que inclusive em nível jurisprudencial poderia revelar um atraso brasileiro no tocante ao respeito e proteção dos direitos e interesses coletivos em seu sentido amplo;

26. Em uma concepção dinâmica dos direitos coletivos, há direitos que extrapolam a órbita da categorização estratificada em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais

homogêneos. Em suma, sob a análise dinâmica dos interesses individuais homogêneos, no âmbito material, ocorrendo um evento de origem comum, eles nascem divisíveis, mas podem se tornar indivisíveis e coletivos ao final; no âmbito processual, por sua vez, são direitos tutelados, no início, de forma coletiva, com execuções alternativas da sentença definitiva, mas sujeitas a prazo, que, uma vez transcorrido, transforma a execução bipartida de interesse particular em execução uma de interesse coletivo. Assim, sob o aspecto dinâmico, os direitos individuais homogêneos são, no plano material e no processual, institutos sujeitos a mutações conforme a fase do procedimento ou as condutas dos interessados;

27. No Brasil, coexistem diferentes normas que tutelam direitos coletivos;

28. Em 1965 foi disciplinada a primeira ação coletiva brasileira , a Ação Popular - Lei n.4.717, de 29 de junho de 1965 (LAP), contudo, os contornos da tutela coletiva, tal como a conhecemos na atualidade, foram delineados com as leis n.7.347, de 24 de julho de 1985, - Lei de Ação Civil Pública (LACP), e n.8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), que, juntas, formam um microssistema integrado e autônomo de regulamentação, que é complementado, ainda, por outras leis ordinárias esparsas;

29. Esta integração decorre de expressa previsão legal: o artigo 21 da LACP determina a aplicação do Título III do CDC na defesa dos direitos e interesses coletivos; o artigo 90 do CDC, por sua vez, prevê a aplicação subsidiária da LACP e do Código de Processo Civil – Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), naquilo que não contrariar suas disposições;

30. O desafio desse sistema integrado é a aplicação conjunta ou suplementar de outras leis que tutelam direitos coletivos, as quais foram posteriormente editadas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), o Estatuto do Idoso - Lei n.10.741, de 1 de outubro de 2003 (LAP), a Lei da Improbidade Administrativa - Lei n.8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências - Lei n.7.853, de 24 de outubro de 1989, a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários - Lei n.7.913, de 7 de dezembro de 1989 e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Lei n.8.884, de 11 de junho de 1994;

31. Existem três tipos de tutela de direitos coletivos no Brasil: a administrativa, a normativa e a jurisdicional, sendo esta última a forma preponderante;

32. A partir dos esforços doutrinários de Gregório Assagra de Almeida, é possível vislumbrar, no Brasil, uma sistematização do direito processual coletivo a partir das especificidades do objeto tutelado, cindindo-o em direito processual coletivo especial (responsável pela tutela jurisdicional do direito objetivo) e direito processual coletivo comum

(responsável pela tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo), sendo que cada um desses ramos-objeto contam com um procedimento processual específico;

33. O direito processual coletivo comum conta com procedimentos específicos, previstos na CF/88: a ação popular (art.5º, LXXIII), a ação civil pública (art.129, III), o mandado de segurança coletivo (art.5º, LXX), o mandado de injunção (art.5º, LXXI), a ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§ 10 e 11) e o dissídio coletivo (art.114). Estes procedimentos visam judicializar a tutela do direito subjetivo coletivo em sentido amplo, e conta como regramento-base o microssistema integrado e autônomo composto pela LACP e pelo CDC;

34. O direito processual coletivo especial, que se destina a tutelar o direito objetivo, ou seja, a lei "em tese", abstrata, e os instrumentos que compõem o seu procedimento coletivo especial estão previstos na CF/88 nos artigos 102, I, "a" (ADIn e ADECON); 36, III (ADIn interventiva); 103, §2º (ADIn por omissão); e §1º (ADPF);

35. A partir dessas especificações, foi possível analisar cada uma das figuras de acionamento judicial;

36. Preocupados com os desafios no entendimento do microssistema integrado e autônomo de regulação, os doutrinadores brasileiros elaboraram pelo menos quatro modelos de codificação, sendo dois de natureza transnacional (o código modelo de Antônio Gidi e o do Instituto de Direito Processual elaborado para países ibero-americanos) e dois de natureza nacional (o código modelo da Universidade de São Paulo - USP que foi posteriormente melhorado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, e o da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e Universidade Estácio de Sá - UNESA);

37. Paralelo aos trabalhos de codificação, foi também trabalhado um projeto de lei que instituiria um procedimento comum coletivo (PL n.5.139/09, rejeitado aos 17 de março de 2010), ideia esta ainda trabalhada no âmbito de articulações políticas, mas sem previsão de sua continuidade ou aprovação;

38. Essas elaborações (de codificação e de sistematização do procedimento comum coletivo), contribuíram para o resgate da funcionalidade da principiologia processual coletiva, porquanto identificada como elemento de oxigenação da tutela hábil a flexibilizar as formas de acionamento judicial, bem como, de efetivação dos interesses correlatos;

39. A recepção das investigações principiológicas não ocorreu de forma acrítica, e contou com a perquirição de sua funcionalidade na teoria dos direitos fundamentais, bem como, dos paradigmas filosóficos, científicos e políticos vigentes na teoria do direito;

40. Identificamos como possíveis princípios específicos ao direito processual coletivo: o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito coletivo; a máxima prioridade

jurisdicional coletiva; a disponibilidade motivada; a presunção de legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito; a não taxatividade; o máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva; a máxima efetividade do processo coletivo; a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; a proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação; a participação pelo processo; o ativismo judicial; a ampla divulgação da demanda e da devida informação;

41. No bojo do terceiro capítulo, enfrentamos alguns dos desafios centrais para a efetividade da tutela coletiva brasileira, adotando como técnica de pesquisa o método-caso. Trabalhamos com a hipótese provisória de que referida tutela têm sido utilizada como pressuposto para a conformação, enquanto conformismo, da realidade à determinada gama de interesses políticos e econômicos predominantes, que por ora não estão ainda identificados, mas que, aparentemente, não coincidem com o ideal democrático preconizado pela CF/88, bem como, com a principiologia processual coletiva presumida do direito posto brasileiro;

42. Constatamos, através da análise do julgamento de duas ações coletivas destinadas ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade de leis (ADIn n.2 e ADPF n.153), a dissociação entre teoria e prática na tutela coletiva brasileira, cujo manejo judicial (notadamente, pelo STF) não corresponde aos escopos do processo e da jurisdição coletiva, e tão pouco às aspirações desse tipo de tutela;

43. No caso da ADIn n.2/DF, os interesses afetos à atividade econômica desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino é tão somente um dos cenários no qual o verdadeiro ator, que é o controle de constitucionalidade, encena. A discussão propiciada por esta ação é de grande relevância jurídica porque: a) constitui o primeiro julgamento de controle concentrado de constitucionalidade do Estado democrático de direito; e b) revela o despreparo dos ministros, enquanto construtores do direito, em lidar com as especificidades da tutela coletiva . Neste caso, a satisfação do direito material cedeu lugar ao formalismo tecnicista exacerbado, de modo que a efetividade da tutela restou comprometida pela adoção de um paradigma jurídico-processual inadequado à hipótese jurisdicionalizada. O resultado foi o não enfrentamento do mérito da ação e, em sentido contrário, a reverberação de um estado de incerteza quanto à constitucionalidade do ato normativo impugnado;

44. Observamos que a postura jurídica assumida pelos ministros vai de encontro à principiologia processual coletiva, mormente sob a perspectiva do desafio do enfrentamento do mérito coletivo. Prova disso é o acolhimento ministerial de preliminares cujo exame, desatento à particularidade da ordem jurídica e jurisdição democrática que se instauram com a promulgação da CF/88, e acolhimento prejudicou o conhecimento da ação. A primeira destas preliminares concerne à legitimação para agir, a segunda, à possibilidade jurídica do pedido;

45. O julgamento pela constitucionalidade da Lei de Anistia abre um precedente jurisdicional outrora impensável: a aceitação, pelo poder público, de uma margem necessária e aceitável de violação dos direitos humanos enquanto pressuposto conformador (conformação enquanto conformismo) do Estado democrático de direito brasileiro;

46. No tocante aos aspectos processuais ou procedimentais, a diferença mais evidente entre o julgamento da ADIn n.2/DF e o da ADPF n.153, diz respeito ao respaldo legal que esta contou, haja vista que o regramento da ADPF foi realizado em 1999 e a ADPF n.153 foi julgada em 2010, portanto, contando com plena certeza de sua possibilidade técnica-instrumental (ao contrário do que ocorreu com a ADIn n.2/DF, julgada antes do regramento em questão) e transcorrida uma década de sua aplicação e estudo. Este fato, aliado ao transcurso de mais de vinte anos de vigência da CF/88 e atuação do STF enquanto corte constitucional no Estado democrático de direito, são variantes que merecem ser destacadas;

47. Pela análise dos julgamentos da ADIn n.2/DF e ADPF n.153, pudemos constatar a inadequação do paradigma jurídico-processual civil em atender tais demandas coletivas, pertencentes à jurisdição constitucional. Referida inadequação pode ser constada em diferentes momentos: a) no exame das matérias preliminares, especificamente, a.1) quanto à legitimação para agir e a.2) à possibilidade jurídica do pedido; b) no exame do mérito da demanda, seja b.1) pela resistência do tribunal em reconhecer direitos que não estão previstos em lei, seja b.2) pela letargia de sua atuação, evidenciando uma cultura jurídica (no judiciário e dos juristas) relutante em promover a transformação social e a construção da democracia também no palco judicial;

48. A conclusão parcial a que chegamos ao final da análise dos casos propostos, é que os instrumentos processuais coletivos podem ser utilizados para impor uma resignação da realidade a uma situação jurídica determinada. Nesses casos, por haver o endosso judicial da perpetração de diferentes formas de negação e violação de direitos coletivos, entendemos que não houve a efetivação da tutela coletiva, uma vez que esta pressupõe a proteção do direito. Percebemos que a tutela coletiva, enquanto instrumento prospectivo do Estado democrático de direito, pode ser manuseada para atingir escopos diametralmente opostos aos da democracia, bem como, ao de seus elementos estruturantes, tal como disposto na CF/88. Nesse sentido, podemos concluir que é possível haver um uso conformista da tutela coletiva. Nos casos analisados, percebemos que o direito coletivo posto à apreciação judicial não foi efetivado e, portanto, a pretensão à tutela restou insatisfeita, ou seja, a judicialização, em si, foi ineficaz, pois a lesão e ameaça ao direito vindicado continuou sendo perpetrada na realidade. A tutela coletiva, nesses casos, age configurando um Estado que se declara

democrático de direito, porém, tão somente no plano teórico, já que, no plano real, conforma as pretensões em moldes impostos e violadores dos direitos coletivos;

49. Ocorre que esse uso (deformado) da tutela coletiva, não é o único possível, nem é o adequado ou necessário. Nossa opção em revelá-lo é justamente para combatê-lo, vindicar pelo seu contrário, qual seja: o uso da tutela coletiva enquanto instrumento de construção, de configuração da democracia. Uma democracia que se concretize no plano real, que não se limite ao texto da lei e nem se descaracterize em retórica. Para tanto, crucial invocar, uma vez mais, o existencialismo camusiano, que refuta a conformação a absurdidade e assume uma postura combativa para afirmar o direito;

50. Percebemos a insuficiência das análises puramente dogmáticas, porquanto possibilitam a deformação da tutela coletiva; percebemos a insuficiência do referencial teórico processualista, porquanto majoritariamente composto por análises fragmentárias do direito processual, inclusive em construções que partem de um paradigma inadequado para atender às aspirações coletivas; percebemos, também, a insuficiência que uma análise "jurídica pura" representaria para embasar um posicionamento emancipatório, libertário. Identificamos, após a constatação dessas inúmeras limitações, na teoria crítica uma possibilidade;

51. A teoria crítica seria um eixo epistemológico hábil a propiciar um não encantamento pela falácia dos direitos e da tutela coletiva, posto que pressupõe o desvelamento das representações em um nível visceral. Mais do que o desvelar do absurdo, essa postura encampada pela teoria crítica abre perspectivas para a incorporação do existencialismo camusiano, tal como insistimos adotar, pois adota a esperança e a resistência como parâmetros de combate. Inclusive em nível ideológico;

52. A partir do empréstimo dos estudos realizados pelo instituto virtual "A democracia e os três poderes no Brasil", pudemos vislumbrar a jurisdição coletiva como palco de discussão das tramas sociais, nas quais os próprios sujeitos, organizados em torno de objetivos e interesses comuns, atuam para concretizar suas demandas de cidadania;

53. Nessa seara, é possível inferir a tutela coletiva enquanto lócus aberto à participação dos cidadãos (pelo processo) para que reivindiquem judicialmente seus direitos e interesses. É nesse sentido que percebemos jurisdição enquanto instrumento ético-político de participação dos sujeitos, tornando a arena judicial um dos espaços, e não exclusiva ou preferencialmente, para discussão e construção da democracia (e cidadania). Por meio dos diversos instrumentos processuais de acesso a justiça coletiva previstos pela CF/88 (*v.g.* ACP e ação popular) os cidadãos conseguem encontrar defesa diante do Estado e do poder econômico, conforme a conduta adotada (atos comissivos ou omissivos ofensivos a direitos

coletivos em sentido amplo). E não foi somente através da previsão de figuras especificas de acionamento judicial que a CF/88 incrementou a reformulação da jurisdição: também as instituições (*v.g.* MP e DPE) e os institutos processuais (*v.g.* jurisdição, processo, ação, defesa) foram alterados pelo preceito democrático, de modo que o objetivo de todos é, a partir da ruptura jurídica datada de 1988, concretizar os escopos do regime democrático, inclusive, o direito humano fundamental de acesso a justiça coletiva;

54. O uso da tutela coletiva, por meio de seus procedimentos diversificados (v.g. ACP e ação popular, inclusive os instrumentos da jurisdição constitucional, como a ADPF e a ADIn), surge como uma forma de mitigar o déficit democrático, como uma forma legítima e democrática de garantir a efetivação de direitos que, sem afrontar os tradicionais mecanismos da democracia representativa (atuação parlamentar, eleitos pela população que representam), é externa aos poderes Legislativo e Executivo , porquanto é exercida pelo Judiciário;

55. A partir dos estudos de Gisele Cittadino, pudemos entrar em contato com o conceito de "patriotismo constitucional", de Jurgen Habermas , que configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigiriam uma identidade política ancorada em uma nação de cidadãos. Em seguida, a autora traz o conceito da "jurisprudência de valores", da escola alemã, cujo expoente é Peter Haberle , que esposa a ideia de que o processo de concretização da Constituição envolve, necessariamente, o alargamento do círculo de intérpretes da mesma, na medida em que devam tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade. Nesse sentido, Cittadino conclui que é essa perspectiva, de abertura aos partícipes da concretização da Constituição, que permite a democratização das vias de acesso para tanto, porquanto sua realização depende da participação político-jurídica dos grupos e forças plurais que integram a sociedade;

56. A partir dos estudos de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, pudemos identificar na ACP e na ação popular, vistas pelo ângulo da revolução processual, assim como no caso das class actions e da facilitação do acesso a justiça, a modelagem do direito responsivo, com a qual a sociabilidade pode fazer-se presente no processo de criação do direito. Estas ações coletivas seriam responsáveis por um novo cenário para a democratização brasileira no contexto institucional inserido pela CF/88, contexto este que permite a participação da sociedade civil tanto no controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional, de que são exemplos as ações estudadas no terceiro capítulo desta dissertação), como na efetivação de direitos substantivos coletivos e difusos;

57. Notamos que a temática da democracia e da remodelagem do exercício da jurisdição, enquanto forma de manifestação do poder estatal, ocupa o centro das discussões teóricas sobre a concretização da Constituição e a vindicação por um direito responsivo;

58. Para melhor compreensão do tema, o recurso à sociologia jurídica crítica foi crucial, encontrando em José Eduardo de Oliveira Faria e Boaventura de Sousa Santos os referenciais proeminentes;

59. Com Boaventura de Sousa Santos, percebemos a necessidade de definirmos nosso conceito de democracia, já que pelo menos duas formas coexistiriam: a representativa e a participativa;

60. Identificamos na democracia participativa um modelo contra-hegemônico de democracia, que se não se concebe como modelo pronto e acabado, mas, antes, como um momento da democracia, ainda incompleta. Foi a partir desse conceito que trabalhos nossa hipótese da tutela coletiva como lócus de construção da democracia;

61. Tivemos oportunidade de trabalhar com os paradigmas filosófico, científico e político vigentes na teoria do direito, e percebemos que vige, hegemônico, um ideário jurídico centrado em concepções teórico-abstratas, no estreitamento da ideia de direito com lei, que dissocia a investigação do direito de seu contexto histórico-cultural, que confunde a funcionalidade do direito ao seu aspecto técnico-burocrático de manutenção do status quo, e cunha um projeto jurídico hegemônico que propugna pelo: primado da lei (legalidade), tripartição dos poderes estatais, ilusão da lei como emanação da vontade geral (e não como resultado de jogos de poderes econômicos e políticos), monismo jurídico (somente o Estado emana a lei), pretensa neutralidade da lei, aparência de isonomia, pregação de uma igualdade meramente formal e apego à autonomia da vontade. Neste cenário, o próprio Direito se descaracteriza, e somente certa ordem de direitos (aqueles individuais, patrimoniais e de defesa) é tutelada eficaz e eficientemente;

62. Cumpre, então, refletir os paradigmas jurídico-estatais, enfocando o aspecto judicial, porquanto elementar para a efetividade da tutela coletiva e mote de nosso estudo, sob a perspectiva da democracia participativa, para romper com a totalidade jurídico-estatal predominante e propiciar a abertura necessária para o afloramento de um paradigma jurídico-processual-coletivo mais adequado às contingências sociais, bem como, para a conformação-libertária do Estado Democrático de Direito a partir da ressignificação da tutela coletiva;

63. Para romper com influências da totalidade na análise e construção da tutela coletiva libertária no Brasil, propomos a incorporação dos seis paradoxos dos direitos humanos e das seis decisões iniciais para uma teoria crítica dos direitos humanos tal como

formulada por Joaquín Herrera Flores . A tessitura dos direitos coletivos nos permite realizar um paralelo entre sua tutela e a dos direitos humanos, inclusive, se considerarmos que uma qualificação não exclui a outra;

64. Para contextualizar a tutela coletiva em nossa realidade, e podermos compreendê-la em sua feição cultural, identificamos aspirações contribuem para a erição de uma exterioridade jurídico-processual, porquanto diferenciada do uso tradicional do direito e da tutela. A aspiração jurídica é obter uma técnica processual adequada para concretizar os direitos coletivos; a aspiração social da tutela coletiva a concretização da cidadania, em seu amplo aspecto; a aspiração econômica infere que a tutela deve ser tal que permita a otimização dos recursos, sejam eles materiais, humanos ou temporais; a quarta aspiração é política e indica que por meio da tutela coletiva logra-se redimensionar a relação entre o Estado e os seus cidadãos, bem como, entre os cidadãos e a lógica do mercado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro:** análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ANDRIEX, François. **Le Meunier Sans-Souci.** Disponível em: <http://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci>. Acesso em: 31 jul. 2011.

ANNONI, Denielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

ARDUINI, Juvenal. **Destinação antropológica.** São Paulo: Paulinas, 1989.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas atuais de direito processual civil, 6).

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução.** 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo:** influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Ed. UNB, 1994.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. **Era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Joselita Nepomucemo. **Efetividade e tutela coletiva.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BOURDEAU, Georges. **O estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2011.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. 381 fl.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 ago. 1943. p. 11937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1950. p. 2161. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.1.134, de 14 de junho de 1950. Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária aos associados de classes que especifica. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1950-06-14;1134>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.4.215, de 27 de abr. 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Revogada pela Lei nº 8.906, de 04 jul. de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1994. p. 10093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm#art87>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BRASIL. Lei n.4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mar. 1974. p. 2865. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ L6024.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.6.683, de 23 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 07 ago. 2011.

_____. Lei n.6.708, de 30 de outubro de 1979. Dispõe sobre a correção automática dos salários, modifica a política salarial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 out. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6708.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981. p. 16509. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei Complementar Federal n. 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1981. p. 23781. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. p. 10649. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1989. p. 1920. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 maio 1990. p.10159. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. p. 13563. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Suplemento, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Suplemento, p.6993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jun. 1994. p.8439. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1994. p. 10093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm#art87>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999. p. 10093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 dez. 1999. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 2011. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BRASIL. Lei n.10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 maio 2003. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 out. 2003. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 2005. p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresceu o artigo 543-C do Código de Processo Civil. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 maio 2008. p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei n.12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. p.2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29>. Acesso em: 5 ago. 2011.

_____. Projeto de lei n.5.139 de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432485>. Acesso em: 13mar. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. t.1.

_____. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 22, n.88, p.185-207, out./dez. 1997.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMUS, Albert. **El mito de Sísifo**. Tradução Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 2007.

_____. **O estrangeiro**. Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record; [Madri]: Altaya, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 25, n.98, p.83-89, abr./jun. 2000.

_____. Apud: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; CARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo,** São Paulo, v.130, n.5

CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Reflexões sobre a reforma do código de processo civil.** São Paulo: Atlas, 2007.

CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho. Método do Estudo de Caso (*Case Studies*) ou Método do Caso (*Teaching Cases*)? Uma análise dos dois métodos no Ensino e Pesquisa em Administração. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCSA/remac/jul_dez_05/06.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2011.

CHAUI, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Brasiliense, 1994. v. 1.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias.** 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

COELHO, Luis Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Teoria crítica do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

COMPANHOLE, Hilton Lobo; COMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

COSTA, Yvete Flávio; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Por uma principiologia processual coletiva: a funcionalidade dos princípios processuais coletivos na efetivação da cidadania. **Juris Plenum Ouro**, Caxias do Sul, v.15, out., 2010. 1 DVD.

COUTINHO, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Andréia de Paula (Org.) Ler Gramsci, entender a realidade. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2003

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Arguição de decumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais.** 3. ed. rev., ampl. e aum. Salvador: JUSPODIVM, 2008. p. 491-554.

DIDIER JUNIOR, Freddie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4.

_____.; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A terceira etapa da reforma processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: _____. **Ações constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIUM, 2008. p.405-489.

_____. **Curso de direito processual civil.** 6. ed. Salvador: JusPODIUM, 2006.

_____. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: _____. ; ADAUTO, José Henrique Mouta (Org.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. et. al. **Execução civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DUSSEL, Enrique**. Filosofia da libertação na América Latina**. São Paulo: Loyola: Ed. Unimep, 1977. (Reflexão Latino-Americana, 3- I).

_____. **1492 – El encubrimiento del outro**: hacia el origen del ‘mito de la modernidad’. La Paz: Plural, 1994. (Academia).

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. 1984. 393 f. Tese (Concurso para Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito:** os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Retórica política e ideologia democrática:** a legitimação do discurso jurídico liberal. 1982. 422 f. Tese (Livre Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos**.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FERREIRA, Rony. **Coisa julgada coletiva.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

_____.; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e Constituição.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. **Teoria crítica dos direitos humanos:** os direitos humanos como produtos culturais. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental:** um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

GALEANO, Eduardo. **El libro de los abrazos.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010

_____. **Las venas abiertas de América Latina.** 10. ed. Montevideo: Del Chanchito, Rosgal S/A, 2010.

_____. **Ser como ello y otros artículos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

_____. **Las palabras andantes.** 5. ed. Buenos Aires: Catálogos, 2001.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos**.** Sevilla: David Sanchez Rubio editor, [19--].

GALLIEZ, Paulo. **A defensoria pública**: o estado e a cidadania. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

GARCIAM Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**, São Paulo, v.28, n. 111, jul/set. 2003.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes? **Jus Navigandi,** Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>. Acesso em: 02. nov. 2009.

GRADUNQUE JOSÉ, Caio Jesus. O absurdo dos direitos humanos: reflexões a partir de Albert Camus. **O Direito Alternativo,** Franca, ano 1, v. 1, 2011. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/296/317>. Acesso em: 31 jul. 2011.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de direito processual coletivo.** 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

_____.; FAVRETO, Rogério. A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras: projeto de lei n.5.139/2009. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor,** Porto Alegre, n.27, p. 5-21, jun/jul. 2009.

GOULART, Marcelo Pedroso. **O ministério público e as obrigações do estado na era da globalização**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos.** São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 24, n.96, p.28-36, out./dez. 1999.

_____. **Resposta a um convite.** Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=noticia&id=253&subm=&width=&mostraData=>. Acesso em: 21 nov. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. ; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____.; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda S. **Os processos coletivos nos países de civil law e commom law:** uma análise do direito comparado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

GUTIÉRREZ, Daniel Mota. **Princípios do processo civil coletivo na Constituição Federal**: análise baseada na discussão de institutos e questões polêmicas da tutela coletiva. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os pensadores).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Qué és la justicia?** Tradução de Leonor Calvera. Buenos Aires: Elaleph, 2000.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n.2, jul./dez. 2003. p. 255-275. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26690/1/primeira_decisao_sobre_controle.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2011.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direto processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LINTON, Ralph. **O homem:** uma introdução à antropologia. 5. ed. São Paulo: Martins, 1965.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Primeiros Passos, 62).

LOCKE, John. **Ensaio sobre o intelecto humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os pensadores).

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva.** Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2010.

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos à Wittgenstein. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos diretos.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do processo.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MEROI, Andrea. **Procesos colectivos**: recepción y problemas. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008.

MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Ação civil pública. Lei n. 7.347/1985 – 15 anos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Carlos dos Santos (coord). **Temas atuais de direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. v. 14.

MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do direito e do estado.** 2. ed. Portugal: Coimbra, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Forense, 1993.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo,** São Paulo, v.61, ano 16, n.190, p.187-200, jan./mar. 1991.

MURITIBA, Sérgio Silva. **Ação executiva lato sensu e ação mandamental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

NEIVA, Gerivaldo Alves. Juristas, linguagem e povo: ruídos na comunicação. **Consulex**, Brasília, n.322, p.31-33, nov. 2010. Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2010/12/normal-0-21-false-false-false-pt-br-x.html>. Acesso em: 29 mai. 2011.

_____. **Sentença "O celular do carpinteiro".** 5 ago. 2007. Disponível em <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2007/08/processo-nmero-073705-quem-pede-jos-de.html>. Acesso em: 24 abr. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2. ed. rev. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides. Coord. **Constituição e Estado Social:** os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinariedade.** Tradução de Lucia Pereira Souza. São Paulo: TRIOM, 1999.

ONU. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. In **Revista Anistia Política e Justiça de Transição.** Brasília, n.1, p.320-351, jan-jun, 2009.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

PINHEIRO, Aline. Comissão de Veneza cria manual do Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2011. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2011-mar-30/comissao-veneza-cria-manual-identificar-estado-direito>. Acesso em: 29 mai. 2011.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**: anotações e temas polêmicos. 3. ed. São Paulo: Forense, 2000.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas.** São Paulo: Lejus, 1998.

PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano:** a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

_____. **A democracia na América Latina**: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos. Tradução de Mônica Hirts. Santana do Parnaíba: LM&X, 2004. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2011.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Direitos humanos e gênero: um aporte quase universal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 89-100.

_____. Jurisdição constitucional: o desafio da validação normativa perante cortes constitucionais. In: JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, 2., 2010, Buenos Aires. **Anales….** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010.

_____. Patrimonialismo e cooptação política na origem do Estado brasileiro. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, 2010. 1 DVD.

_____. Por uma principiologia processual coletiva: a funcionalidade dos princípios processuais coletivos na efetivação da cidadania. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO, 1., 2010, Belo Horizonte. **Anais....** Belo Horizonte: AMPD; Pergamum, 2010. p. 2845-2892.

_____. Resenha: ARENHART, Sergio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, p. 397-399, jan./jun. 2010.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias; COSTA, Yvete Flávio. Ações coletivas constitucionais. In: JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, 2., 2010, Buenos Aires, Argentina. **Anales….** Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010.

_____.; _____. Pós-Ditadura e custo democrático: a violação da dignidade e memória nacional brasileira como afronta aos direitos humanos fundamentais. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA Y POBREZA, 3., 2010, Montevideo. **Anales….** Montevideo: Universidad de la Republica del Uruguay, 2010;

_____.; _____. Pós-dictadura y el costo de la democracia: la negación de la verdad y de la construcción de la memoria nacional como una afrenta a los derechos humanos. In: CONGRESSO ARGENTINO-LATINOAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: REPENSAR LA UNIVERSIDAD EM LA DIVERSIDAD LATINOAMERICANA, 3., 2011, Rosario. **Anales….** Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 2011.

_____; _____.; FREITAS, José Carlos Garcia. Construção expansiva da Norma Hipotética Fundamental. **Diritto & Diritti**, Ragusa, nov. 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30210-constru-o-expansiva-da-norma-hipot-tica-fundamental>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____; _____.; _____. Problemas estruturais no processo de formação do Estado brasileiro: uma análise à luz das obras de Raymundo Faoro e Simon Schwartzman. **Diritto & Diritti**, Ragusa, 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30209-problemas-estruturais-no-processo-de-forma-o-do-estado-brasileiro>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____.; RE, Aluisio Iunes Monti Ruggeri. Estado de direito, cidadania e políticas públicas: a fundamentalidade do deferimento judicial de medicamentos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DAS CARREIRAS JURÍDICAS DO ESTADO, 2., 2010, Brasília. **Anais....** Disponível em <http://www.carreirasjuridicas.com.br/oficinas/dia08oficina13texto1>. Acesso em: 29 de nov. 2010.

_____.; _____. Ação civil pública é refém do patrimonialismo brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 abr. 2011. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>. Acesso em: 29 mai. 2011.

_____.; SILVA, Lillian Ponchio; CORONA, Roberto Brocanelli. A implementação jurisdicional de políticas públicas para a efetivação dos direitos humanos na latino-américa. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA Y POBREZA, 3., 2010, Montevideo. **Anales….** Montevideo: Universidad de la Republica del Uruguay, 2010.

RAWLS, John. **A theory of justice**. New York: Oxford University, 1999.

RE, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. A titularidade ativa da defensoria pública na tutela coletiva do meio ambiente. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 13, n. 1823, 28 jun. 2008. Disponível em: < http://jus.uol.com.br/revista/texto/11409>. Acesso em: 13. mar. 2010.
REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1990. v. 1.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Renato Janine. As mulheres e o poder. **Revista Filosofia,** São Paulo, ano IV, n.45. Disponível em: <http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/Edicoes/45/artigo167729-1.asp>. Acesso em: 5 ago. 2011.

RIZZI, Esther. Avanços e desafios da nova Lei de Ação Civil Pública. In: TERRA DE DIREITOS. **Caderno Direitos Humanos, Justiça e Participação Social,** [s.l], ano 2 l, n 3l, jun. 2011. Disponível em: <http:www.terradedireitos.org.br>. Acesso em: 5 ago. 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.** Revista de Direito Público, n º 15/85.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Antropologia jurídica**: para uma filosofia antropológica do Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas.** 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1980.

ROCHA, Luciano Velasque. **Ações coletivas:** o problema da legitimidade para agir. São Paulo: Forense, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Ponderações sobre a fluid recovery do artigo 100 do CDC:** Processo civil coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. v. 1. (Os pensadores).

RUBIO, David Sanchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução de Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. (Direito e Sociedade Contemporânea).

_____. **Repensar derechos humanos**: de la anestesia a la sinestesia. Sevilla: MAD, 2007. (Universitaria Textos Jurídicos).

_____. Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais....** Florianópolis: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2011.

_____. Sobre el concepto de historización y una crítica a la visión sobre las (de)-generaciones de derechos humanos. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 09-21.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

SANTILLI, Juliana. **A biodiversidade e as comunidades tradicionais**. Disponível em: <http://homologa.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/JulianaS.3.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2010.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. v. 1.

_____. **Sociología jurídica crítica**. Madrid: Trotta, 2009. (Estructuras y processos).

SANTOS, Ernane Fidélis dos et. al. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. **As novas fronteiras do direito processual.** São Paulo: RCS, 2007.

_____.; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

_____. **Sentença civil.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SEN, Amartya Kumar. **O desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Experiência, memória e autonomia em um assentamento de reforma agrária na região de Ribeirão Preto-SP.** 2010. 312 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. rev. e ampl. Perdizes: Cortez, 2002.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do patrimonialismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira.** Disponível em: <http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2011.

SILVA JUNIOR, Gladstone Leonel. **A luta por direitos étnicos e coletivos frente à expansão do agronegócio**: a experiência das comunidades tradicionais faxinalenses. 2010. 185 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ação popular constitucional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Experiências populares emancipatórias de criação do direito. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

THAME, Antonio Carlos Mendes; MONTORO, Ricardo (org). **Franco Montoro**. São Paulo: IQUAL, 2000.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Armenio Amado, 1979. (Stvdivm, 58-59).

VEIGA, José Eli da. Como pode ser entendido o desenvolvimento. In **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do Século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 337-491.

_____; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 337-491.

_____. **A revolução passiva**: iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Execução civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. (Temas Fundamentais de Direito, 3).

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.