

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA  
Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado

MARY CRISTINA NEVES MANSOLDO

**(RE)PENSANDO O PROCESSO COLETIVO A PARTIR DA NOVA  
*SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA DIREITOS INDIVIDUAIS E  
COLETIVOS: Aplicabilidade das Teorias Constitucionais Processuais e  
da Teoria Crítica do Direito**

Itaúna - MG

2014

MARY CRISTINA NEVES MANSOLDO

**(RE)PENSANDO O PROCESSO COLETIVO A PARTIR DA NOVA  
SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA DIREITOS INDIVIDUAIS E  
COLETIVOS: Aplicabilidade das Teorias Constitucionais Processuais e  
da Teoria Crítica do Direito**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Universidade de Itaúna, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração em Proteção dos Direitos Fundamentais, sob a orientação da Profa. Dra. Cíntia Garabini Lages.

Itaúna - MG

2014

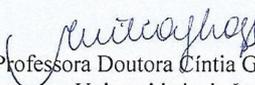


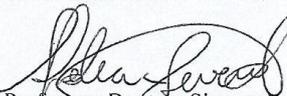
# Universidade de Itaúna

Reconhecimento Homologado pelo CNE , através da Portaria nº 1324/2012 ( DOU de 09/11/2012,Seção, Pag.10 )  
Rodovia MG 431-Trevo Itaúna/Pará de Minas-Campus Verde-CEP 35680-142-Caixa Postal 100-Itaúna-MG  
Fone: 37-3249-3000 - site: www.uit.edu.br - e-mail: uit@uit.br

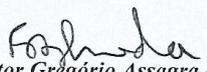
**“(RE)PENSANDO O PROCESSO COLETIVO A PARTIR DA NOVA *SUMMA*  
*DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS:  
Aplicabilidade das Teorias Constitucionais Processuais e da Teoria Crítica de Direito.”**

Dissertação de Mestrado apresentada por *Mary Cristina Neves Mansoldo*, em 14 de abril de 2014, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

  
Presidente: Professora Doutora Cíntia Garabini Lages - (Orientadora )  
Universidade de Itaúna – MG

  
Professora Convidada: Professora Doutora Simone Leticia Severo e Sousa  
Universidade José do Rosário Vellano - UNIFENAS

  
Professor Doutor: Gregório Assagra de Almeida  
Universidade de Itaúna MG

  
*Professor Doutor Gregório Assagra de Almeida*  
Coordenador do Mestrado em Direito  
Universidade de Itaúna-MG

Aos meus alunos  
Por ser minha principal fonte de aprendizagem

## **AGRADECIMENTOS**

À minha orientadora, Dra. Cíntia Garabini Lages, que tornou possível a realização deste trabalho, através de suas aulas, ensinamentos e orientações preciosas, proporcionando-me segurança e confiança.

Ao Dr. Gregório de Assagra de Almeida por ser um mestre ao repassar seus conhecimentos com profunda dedicação e amor pelo que faz.

Ao Dr. Milton Thibau, por aceitar o convite para integrar como membro a banca examinadora.

À Dra. Simone Letícia Severo e Sousa por acreditar em meus potenciais e me proporcionar oportunidades de crescimento e por aceitar, gentil e prontamente, o convite para integrar como membro a banca examinadora.

Ao meu marido, Antônio Carlos Mansoldo, pela constante motivação que fortalece os meus caminhos e aos nossos filhos, André e Bruna, por serem inspirações eternas.

Aos autores das teorias analisadas, bem como, a todos os doutrinadores citados, pois, através de seus estudos, possibilitaram o desenvolvimento da pesquisa.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

*“Quando vou a um país, não examino se há boas leis,  
mas se as que lá existem são EXECUTADAS,  
pois boas leis há por toda parte”*

*(Montesquieu - 1748)*

## RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de pesquisa bibliográfica o repensar do processo coletivo a partir da nova *summa divisio* direitos individuais e coletivos consagrada pela Constituição Federal de 1988, pelas concepções principiológicas adotadas pelas teorias constitucionalistas processuais e pela teoria crítica do direito. Com o advento da Constituição de 1988 foi consagrada a nova *summa divisio* direito individual e direito coletivo. Porém, a aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais encontra-se comprometida, pois, as concepções atuais do processo possuem acepções individualistas inadequadas às peculiaridades do processo coletivo. Assim, faz-se necessário o repensar do processo coletivo sob as perspectivas do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988. O desenvolvimento da pesquisa estruturou-se em teorias que se complementam, ou seja, teorias que dialogam entre si por serem compatíveis, sendo elas: teoria da nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada, desenvolvida por Gregório Assagra de Almeida, teorias constitucionalistas processuais, que possuem como precursores Eduardo Couture, José Alfredo de Oliveira Baracho (com a influência dos estudos realizados por Fix Zamúdio), Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera e, por fim, teoria crítica do direito, desenvolvida por Luiz Fernando Coelho. O caminho metodológico percorreu pela análise de conteúdos doutrinários, bem como, por decisões judiciais e legislações. Foram apresentadas como hipóteses o repensar do processo coletivo com bases principiológicas já consagradas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estado Democrático de Direito. Objetivou-se, pela pesquisa realizada, a constatação da possível concretização dos direitos fundamentais coletivos a partir de um pensar crítico do direito e de interpretações constitucionais construtivistas e transformadoras da realidade social.

**Palavras-chave:** Processo coletivo. *Summa divisio* direitos individuais e coletivos. Teorias constitucionais processuais. Teoria Crítica do Direito.

## ABSTRACT

This thesis is the bibliographic research object rethink the collective process from the new *summa divisio* individual and collective rights enshrined in the Constitution of 1988, by principiológicas conceptions adopted by the constitutional procedural theories and critical theory of law. With the advent of the 1988 Constitution was consecrated the new *summa divisio* individual rights and collective rights. However, the immediate application of fundamental collective rights is compromised because the current conceptions of the process with inadequate individualistic meanings to the peculiarities of the collective process. Thus, it is necessary to rethink the collective process from the perspectives of the democratic rule of law and the Federal Constitution of 1988. The development of structured research on theories that complement each other, ie, theories that interact with each other as compatible, namely: theory and new constitutionalized relativized *summa divisio* developed by Gregory Assagra de Almeida, procedural constitutional theories that have as precursors Eduardo Couture, José Alfredo de Oliveira Baracho (with the influence of studies by Fix Zamudio), Italo Andolina and Giuseppe Vignera and finally, critical legal theory, developed by Luiz Fernando Coelho. The methodological path traveled by the analysis of doctrinal content as well as by judicial decisions and legislation. Were presented as hypotheses to rethink the collective process with principiológicas foundations already established by the 1988 Federal Constitution and the Rule of Law. The objective of the survey, the finding of a possible embodiment of the collective fundamental rights from a critical thinking of law and constitutional interpretations of constructivist and transformative social reality.

**Keywords:** collective process. *Summa divisio* individual and collective rights. Procedural constitutional theories. Critical Theory of Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I. LEGISLAÇÃO COLETIVA EM UMA PERSPECTIVA GERAL E CONCEITUAÇÕES NO ÂMBITO COLETIVO</b> .....	<b>15</b>
<b>1.1 RECONHECIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS COLETIVOS</b> .....	<b>16</b>
1.1.1. <i>Representatividade adequada: class action norte-americana e a legislação coletiva brasileira – breve estudo comparado</i> .....	22
<b>1.2 DESENVOLVIMENTO ATUAL DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL COLETIVA BRASILEIRA</b> .....	<b>26</b>
<b>1.3 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO E DO PROCESSO COLETIVO</b> .....	<b>30</b>
1.3.1 <i>Direitos coletivos</i> .....	30
1.3.2 <i>Ações coletivas</i> .....	34
1.3.3 <i>Processo coletivo</i> .....	36
<b>CAPÍTULO II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>39</b>
<b>2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	<b>41</b>
<b>2.2 DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>47</b>
2.2.1 <i>Direitos humanos</i> .....	48
2.2.1.1 <i>Classificação dos Direitos Humanos por geração (ou dimensão)</i> .....	50
2.2.1.2 <i>Apontamentos sobre a história evolutiva</i> .....	51
2.2.1.3 <i>A relação dos direitos humanos com os direitos fundamentais</i> .....	53
2.2.2 <i>Direitos fundamentais</i> .....	55
<b>2.3 FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO</b> .....	<b>61</b>
2.3.1 <i>Análise conceitual da jurisdição</i> .....	61
2.3.2 <i>Função Jurisdicional e a concretização dos direitos fundamentais</i> .....	63
<b>CAPÍTULO III. A NOVA SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA</b> .....	<b>68</b>
<b>3.1 SUMMA DIVISIO CLÁSSICA</b> .....	<b>69</b>
<b>3.2 NOVA SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA</b> .....	<b>73</b>
<b>CAPÍTULO IV. TEORIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS</b> .....	<b>80</b>
<b>4.1 OS PRECURSORES DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO TEÓRICO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL</b> .....	<b>81</b>
4.1.1 <i>Eduardo Couture</i> .....	82
4.1.2 <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i> .....	83
4.1.3 <i>Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera</i> .....	86
<b>4.2 TEORIAS CONSTITUCIONALISTAS PROCESSUAIS NA COMPREENSÃO DOUTRINÁRIA BRASILEIRA</b> .....	<b>89</b>
4.2.1 <i>Princípios constitucionais do processo</i> .....	94
<b>4.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO</b> .....	<b>100</b>

<b>CAPÍTULO V. CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO .....</b>	<b>103</b>
<b>5.1 O DIREITO COMO TRANSFORMADOR DA REALIDADE SOCIAL .....</b>	<b>106</b>
<b>5.2 ACESSO À JUSTIÇA (ACESSO À JURISDIÇÃO) .....</b>	<b>110</b>
5.2.1 <i>Dogmatismo-formalista.....</i>	114
5.2.2 <i>A nova visão do acesso à justiça .....</i>	116
<b>5.3 A EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL.....</b>	<b>117</b>
5.3.1 <i>Demandas coletivas e Políticas Públicas .....</i>	120
<b>CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>131</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto de pesquisa bibliográfica o processo coletivo como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionais, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e da nova *summa divisio* constitucionalizada, direito individual e direito coletivo.

As atuais disputas cotidianas, que envolvem grupos das mais diversas posições e com interesses semelhantes, fomentam uma massificação de ações judiciais caracterizadas por lides<sup>1</sup> coletivas, e com isso surge no âmbito jurídico o desenvolvimento de novas teorias sobre o direito, que visam adequar o direito a realidade social.

Com o passar dos tempos, a proteção dos direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, passou a integrar a legislação de vários países, como ocorreu no Brasil. A legislação referente ao direito coletivo, material e processual, encontra-se esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, na Lei de Ação Civil Pública, na Lei de Ação Popular, entre outras.

Conforme dispõe Rodolfo Mancuso, a existência de leis esparsas não impede a identificação de um sistema único coletivo ou um microssistema coletivo<sup>2</sup>. Inclusive, podem ser verificadas, em anteprojetos de leis, propostas para a unificação da normatividade do processo coletivo, isto é, a sistematização e padronização do sistema único coletivo.

Por outro lado, essa dispersão legislativa é considerada por alguns teóricos como impeditiva da efetividade do direito processual coletivo, ou seja, a ausência de uma legislação específica, condensada em um único instrumento normativo, é interpretada como óbice ao desenvolvimento do direito processual coletivo.

---

<sup>1</sup> Conforme Francesco Carnelutti: “a lide, portanto, pode definir-se como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida (discutida). O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”. (Tradução livre). CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: El Foro, 1997, p. 28.

<sup>2</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

Entretanto, pretende-se defender ao longo deste trabalho, a ideia segundo a qual a efetividade do direito processual coletivo decorre da sua conformação com a Constituição e aplicação dos direitos e garantias fundamentais processuais por ela reconhecidos. Identificando-se um microsistema processual coletivo estruturado em última instância pela Constituição Federal, o que possibilita a efetividade dos direitos coletivos, não obstante a inexistência de um direito único codificado.

Mas, há de ser ressaltado, que o processo coletivo não pode ser compreendido a partir da adoção de preceitos e conceitos individualistas, em conformidade com o desenvolvimento histórico do processo civil que, segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, estruturou-se “sob a inspiração da pandectística do século XIX, que é centrado no trinômio direito subjetivo – ação – relação jurídica processual”<sup>3</sup>, isto é, as leis processuais e materiais ainda suportam paradigmas que nasceram da concepção individualista, o que significa que a justiça brasileira é acostumada a resolver conflitos no plano individual.

O processo coletivo deve ser entendido e aplicado em consonância com a complexidade peculiar dos direitos que garante, direitos coletivos em sentido estrito, direitos difusos e individuais homogêneos. Bem como, deve-se levar em consideração aqueles que são sua nota processual distintiva, sobretudo os seus princípios e procedimentos específicos, justamente por suas complexas finalidades, diferenciando-se por tutelar direitos que afetam a coletividade, o que impõe a necessidade de um processo coletivo prático e que concretize, de maneira imediata, tais direitos. Entendendo-se, pois, que o processo coletivo efetivo, enquanto instrumento de acesso à jurisdição, não é um direito fundamental exclusivamente de um indivíduo, mas sim de vários indivíduos ou de toda a sociedade.

Uma correta compreensão do processo coletivo deve ocorrer à luz da Constituição, pois, a partir de 1988 o Brasil inaugura uma nova fase do seu constitucionalismo, de caráter notadamente democrático e adota como um dos princípios fundantes o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>3</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 69.

E, a partir desta nova realidade, conforme defende Gregório Assagra de Almeida, é consagrada a nova *summa divisio* de direito individual e direito coletivo, afastando a tradicional e clássica *summa divisio* de direito público e direito privado.<sup>4</sup>

A natureza contraditória do processo coletivo, a partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, é fundamentada e valorada. Ou seja, pela luz da Constituição Federal, o processo coletivo é constitutivo de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, garantidor de direitos fundamentais de participação na construção de decisões judiciais coletivas legítimas. Lembrando que, como acentua André Cordeiro Leal, o contraditório não é apenas um atributo do processo, mas acima de tudo, possui a condição normativa de princípio determinativo na estrutura dos procedimentos que irão construir a sentença judicial.<sup>5</sup>

Por estes contextos, o processo coletivo se torna um importante instrumento de concretização de direitos fundamentais, o que significa uma evolução ao caminho da efetivação do Estado Democrático de Direito e do processo jurisdicional realizado com a participação efetiva dos sujeitos de direitos que serão afetados pelo provimento jurisdicional, de forma igualitária e na conformidade da lei, em respeito ao princípio do devido processo legal.<sup>6</sup>

Assim, a questão que o presente trabalho pretende responder é: *a partir da nova summa divisio constitucionalizada direitos individuais e coletivos, da exigência democrática referente à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam os direitos coletivos, como pensar o direito processual coletivo no contexto de uma legislação fragmentada?*

Pelo estudo ora apresentado, além do reconhecimento da nova *summa divisio* constitucionalizada, o repensar do processo coletivo brasileiro realizou-se por concepções desenvolvidas pelas teorias constitucionalistas processuais e pela teoria crítica do direito<sup>7</sup>, que, de maneira conclusiva e geral, defendem a concepção do processo como um instrumento de efetivação de direitos fundamentais individuais e coletivos que possuem aplicabilidade imediata, isto em uma perspectiva crítica, construtivista e transformadora da realidade social.

---

<sup>4</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

<sup>5</sup> CORDEIRO LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 87-88.

<sup>6</sup> BRÉTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

<sup>7</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Para o desenvolvimento da pesquisa foram necessários estudos direcionados à legislação coletiva em âmbito geral, ao desenvolvimento atual do direito processual coletivo brasileiro, bem como, aos conceitos e características do direito coletivo, da ação coletiva e do processo coletivo (Capítulo I); a compreensão adequada do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais (Capítulo II); a fundamentação da nova *summa divisio* constitucionalizada (Capítulo III); as concepções das teorias constitucionalistas processuais (Capítulo IV) e da teoria crítica de direito (Capítulo V). Para melhor compreensão do desenvolvimento de pesquisa utilizado, são pertinentes algumas observações, especificamente, sobre os Capítulos I e III.

No que diz respeito ao Capítulo I, observa-se que, apesar do objeto de pesquisa ser o processo coletivo como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionais, inevitável a breve exposição dos aspectos que envolvem o direito material, isto é, o direito coletivo. Pois, entende-se que é, justamente, este direito que o processo coletivo visa proteger, efetivar e alcançar. Ou seja, para o processo coletivo ser repensado de maneira constitucional, deve-se ter consciência da importância dos direitos coletivos que atingem não apenas um indivíduo, mas, toda a coletividade.

Outra observação diz respeito ao Capítulo III. Apesar de ter sido o Capítulo intitulado por um dos marcos teóricos da pesquisa, nova *summa divisio* constitucionalizada, ressalta-se que o tema não foi esgotado no próprio capítulo, pois, optou-se pela não centralização e sim pelo desenvolvimento do tema em toda a extensão da pesquisa.

A pesquisa científica justifica-se pelo necessário reconhecimento do direito coletivo, em seu sentido amplo, como direito fundamental a partir da Constituição Federal de 1988 que consagrou a nova *summa divisio* direito individual e direito coletivo, que possui aplicabilidade imediata em conformidade com artigo 5º, §1º da CF/88<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de jan. de 2014.

Como, também, justifica-se a pesquisa, pelo momento atual da sociedade brasileira que demanda futuras renovações nos âmbitos processuais. Sendo tais renovações discutidas em anteprojetos de leis que devem objetivar, acima de tudo, a garantia e a concretização da legislação coletiva em consonância constitucional e democrática.

Por fim, objetivou-se fundamentar respostas que atendam à problemática inicialmente formulada, através de uma construção progressiva de estudos e pesquisas, contribuindo de forma significativa no desenvolvimento do processo coletivo democrático e garantidor de direitos e deveres constitucionais.

## CAPÍTULO I. LEGISLAÇÃO COLETIVA EM UMA PERSPECTIVA GERAL E CONCEITUAÇÕES NO ÂMBITO COLETIVO

Percebe-se na atualidade, uma sociedade hipercomplexa que anseia pela concretização de direitos e garantias constitucionais.

Nas atuais estruturas sociais, além da característica de hipercomplexidade, como especifica Luiz Fernando Coelho, são identificados grupos que definem a microssociedade e a macrossociedade. Para o autor, a sociedade não é mais um simples aglomerado de indivíduos que representa o “todo”. Existem grupos que podem ser identificados como uma microssociedade e o conjunto desses grupos diversos que convivem em determinado espaço, seja histórico, geográfico ou político, que representam a macrossociedade que, por sua vez, representa o povo, a sociedade ou até mesmo a humanidade.<sup>9</sup>

Nesta realidade social, há uma coletivização de conflitos sociais e uma massificação de demandas coletivas, em seus amplos aspectos, que afetam a todos os cidadãos, não se restringindo as relações que envolvem apenas dois sujeitos, ou seja, autor e réu. E repensar o processo coletivo é uma prioridade, trata-se de um repensar o acesso à jurisdição que representa a busca pela concretização do Estado Democrático de direito e dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

A luta pela concretização dos direitos fundamentais de caráter coletivo não se limita ao Estado brasileiro, refere-se a uma busca mundial, global, pois, o fenômeno da globalização<sup>10</sup> afeta a denominada “aldeia global”.

---

<sup>9</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 113.

<sup>10</sup> Por Carla Ribeiro Volpini da Silva: “A globalização inclui várias expressões, dentre elas, a política, a econômica, a cultural e a tecnológica. Estas dimensões possibilitam uma conexão de indivíduos e instituições por todo o mundo. Neste diapasão, a globalização leva produtos, tecnologia, conhecimento e também afirmação de direitos humanos. Ela seria o caminho para a prosperidade em todas as esquinas do globo terrestre, com o espalhar dos mais altos valores de democracia, liberdade e justiça”. **OACULT**: proposta de criação de uma organização internacional de proteção à cultura no âmbito do continente Americano. Belo Horizonte, 2009. 134f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Bruno Wanderley Júnior, p. 32.

Por este conceito de aldeia global, também, vislumbra-se a ideia de concretização de uma dignidade coletiva ou uma cidadania coletiva que visa à proteção da vida como um todo, isto é, a ideia ultrapassa o antropocentrismo clássico e atinge a concepção biocentrista que respeita todo tipo de vida.

Gregório Assagra de Almeida diz que a ideia de cidadania coletiva biocentrista é amparada pela Constituição Federal de 1988 que no art. 1º consagra o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana; no art. 3º estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil a solidariedade coletiva; no Capítulo I do Título II arrola do Direito Coletivo como espécie de direito constitucional fundamental e no art. 225 garante a todos o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>11</sup>

Segundo esta visão ampliada de tutela coletiva, de direitos fundamentais e de Estado Democrático de Direito, as sociedades contemporâneas se desenvolvem, em um constante fluxo de transformações e, certamente, por novas formas de se pensar a ciência do direito e, especificamente, de se repensar o processo coletivo, buscando, sempre, a efetivação de direitos e garantias constitucionais.

### 1.1 Reconhecimento histórico dos direitos coletivos

O presente tópico não tem como escopo uma análise comparativa detalhada sobre o estudo histórico do surgimento das demandas coletivas ou o estudo detalhado das legislações coletivas dos países. Os apontamentos deste subtítulo estão limitados a uma breve reconstrução dos marcos histórico e/ou legislativo de alguns países.

Apesar da brevidade, entendeu-se salutar a obtenção de uma visão global e histórica no que diz respeito ao surgimento das questões coletivas, objetivando uma compreensão mais satisfatória dos temas que serão apresentados em capítulos posteriores, bem como, do próprio objeto de pesquisa, que é o processo coletivo.

Apoiando-se na doutrina de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, são apresentados tais apontamentos.

---

<sup>11</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 594.

Segundo Mendes, a Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos. Sendo encontrados registros históricos no período medieval, das mais remotas demandas coletivas. Nos séculos XIV e XV as ações coletivas tornaram-se mais frequentes, isso com a influência dos povoados e das paróquias e, por consequência, as estruturas organizacionais e intermediárias da época, como a família, as vilas, que formavam a base de produção, foram afetadas. Naturalmente as defesas dessas células foram se multiplicando.<sup>12</sup>

Nos Estados Unidos da América, Joseph Story<sup>13</sup> desenvolveu os primeiros escritos sobre as demandas coletivas (século XIX). Através de suas obras publicadas, demonstrou conhecimento adquirido sobre as ações coletivas, que auxiliavam na supressão de litígios inúteis e no controle da multiplicação de demandas.<sup>14</sup>

No direito norte-americano, as ações coletivas (*class action*) permitem que inúmeras ações individuais sejam substituídas por uma única. Uma característica relevante das referidas ações, refere-se à possibilidade da adequação representativista ser realizada pelo próprio juiz, questão que será abordada em tópico posterior, onde será comparado com o sistema adotado pela legislação brasileira.

Conforme Mendes, na Itália, a partir do início do século XX, o tema coletivo começa a surgir, mas, é nos anos 70 que as questões sobre direitos coletivos e difusos são estudados com mais vigor.<sup>15</sup> De qualquer forma, é notável a contribuição dos juristas italianos no tratamento do tema.

Nesse sentido, Mendes explica que em 1979 foi publicada a obra literária *“Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, de autoria de Vincenzo Vigoriti. *E como relata o autor: “O trabalho pode ser considerado como a monografia mais ampla e densa sobre o tema dos interesses coletivos, até então editada, não apenas na Itália, mas, também, em termos mundiais”*.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 39.

<sup>13</sup> Joseph Story (Marblehead, Massachusetts, 18 de setembro de 1779 — Cambridge, Massachusetts, 10 de setembro de 1845) foi um jurista norte-americano e membro da Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Joseph\\_Story](http://pt.wikipedia.org/wiki/Joseph_Story)>. Acesso em 10 de nov. de 2013.

<sup>14</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, op. cit., 2010, p. 102.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid., p. 103.

Na Alemanha, a cultura do agrupamento (associativismo) faz parte do povo alemão. No início do século XX, a legitimação das associações já era expressa legalmente.<sup>17</sup>

Em Portugal, a Constituição da República portuguesa de 1976, fundada na participação democrática, sinalizou a abertura ao acesso à justiça, possibilitando o direito de petição a todos os cidadãos, individual ou coletivamente. A partir de então, outras leis surgiram visando à proteção de interesses difusos.<sup>18</sup>

No Canadá houve a introdução legislativa do “remédio denominado *recours collectif*”<sup>19</sup> em 1978, no seu *Code de Procedure Civile*.<sup>20</sup>

Na França, o desenvolvimento das ações coletivas surge no final do século XIX. Mas, como ressalta Mendes, o Estado apresenta peculiaridades na tutela coletiva, pois, o tema sempre esteve vinculado ao processo penal com a denominada *action civile* que possibilita indenizações pelos danos causados pelo ilícito penal. Gradativamente, a possibilidade da ação civil coletiva foi sendo ampliada através de autorizações legais.<sup>21</sup>

Na Espanha, os últimos 20 anos foram significativos para a defesa dos interesses coletivos e, como ressalta Mendes, “a concretização da proteção metaindividual, na legislação castelhana, adveio, inicialmente, com a edição da Lei 20/1984, denominada de *Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU)”.<sup>22</sup>

Na Austrália foi aprovada a introdução das *class actions* no sistema de direito processual federal em 1991.

---

<sup>17</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 103.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Sobre as *recours collectif*, entre outras características, explica José Rogério Cruz e Tucci: “Igualmente moderna e avançada é a sistemática sobre a *class action* (*recours collectif*) que vigora na Província do Quebec - a pioneira a adotá-la, em 1978 -, que também seguiu, neste particular, a experiência estadunidense. Mais recentemente, o instituto veio contemplado nos arts. 999 a 1.051 do *Code de Procédure Civile* da Província de Quebec. O art. 999 preceitua que a ação coletiva pode ser promovida por pessoa física, podendo, ainda, ser ajuizada por pessoa jurídica, desde que esta não tenha admitido, como empregados, mais de 50 pessoas nos 12 meses anteriores ao ajuizamento da demanda”. Direito processual civil canadense. **Revista USP**. 2012, p. 402. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67951/70559>>. Acesso em: 22 de jan. de 2014.

<sup>20</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, op. cit., 2010, p. 142.

<sup>21</sup> Ibid., p. 142-143.

<sup>22</sup> Ibid., p. 152.

Na Argentina, foi a partir de 1990 que os interesses coletivos foram previstos legalmente, principalmente, nos âmbitos ambientais, culturais, históricos e dos consumidores.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 dispôs em seu artigo 113, n. 38, sobre a ação popular: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.<sup>23</sup> Mas, somente em 1965, pela edição da Lei n. 4.717, a ação popular teve sua regulamentação.

Em 1950 foi editada a Lei n. 1.134 que previa a possibilidade da representação coletiva ou individual às associações, dispondo em seu artigo 1º:

Às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, 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, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.<sup>24</sup>

Mas, é a partir de 1985 que a regulamentação coletiva se intensifica, sobretudo com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/85), a promulgação da Constituição de 1988 e as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/90).

Teori Albino Zavascki destaca o avanço do Estado brasileiro entre os países da *civil law*, no domínio das questões direcionadas a legislação coletiva. Assim, salutar a citação na íntegra da síntese apresentada pelo autor:

Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da *civil law*, a “revolução”, mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei 6.513, de 20.12.1977, introduziu significativa modificação no art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo

<sup>23</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>.  
Acesso em: 25 de nov. de 2013.

<sup>24</sup> **Lei n. 1.134, de 14 de junho de 1950.** Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1134.htm)>. Acesso em 24 de nov. de 2013.

movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos*. Essa Lei, conhecida como *Lei da Ação Civil Pública*, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.<sup>25</sup>

Ada Pellegrini Grinover discorre sobre histórico da legislação coletiva brasileira, destacando o pioneirismo do Estado brasileiro. A autora expõe que com a reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, a defesa dos direitos difusos foi legitimada ao cidadão e que com a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) os direitos transindividuais, no que diz respeito ao meio ambiente e ao direito do consumidor, passaram a ter uma tutela diferenciada, assim, ocorrendo um rompimento com a estrutura individualista do processo civil brasileiro. Porém, a autora especifica que, somente com a Constituição Federal de 1988, houve uma universalização da proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, ou seja, deixou de existir a limitação em relação ao objeto do processo (meio ambiente e direito do consumidor). Por fim, a autora conclui que com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor de 1990 criou-se um verdadeiro microssistema de processos coletivos.<sup>26</sup>

Mendes destaca a participação de José Carlos Barbosa Moreira, que marcou de maneira relevante o desenvolvimento da consciência e da problemática dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos: “Em trabalho, publicado inicialmente nos *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, [...] logrou estabelecer tipologia dos interesses supra-individuais, que, a partir de então, vem fazendo escola junto à doutrina do País e do mundo [...]”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

<sup>26</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo**. Disponível em: <[http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover\\_Direito\\_processual\\_coletivo\\_principios.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_Direito_processual_coletivo_principios.pdf)>. Acesso em: 16 de set. 2013, p.1.

<sup>27</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 190-191.

Em suma e por breve resumo, no que se diz respeito à legislação coletiva atual no Brasil, observa-se que a Constituição Federal prevê a maioria das espécies de ações coletivas, tais como: (i) ação popular (art. 5º, LXXIII); (ii) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); (iii) mandado de injunção coletivo (art. 5º, LXXI); (iv) ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§ 10 e 11); (v) ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art.102, I, a); (vi) ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.102, §1º); (vii) ação de dissídio coletivo (art.114, §1º); (viii) ação civil pública (art.129, III).

Ganham força aquelas ações de natureza eminentemente coletiva e que fazem parte da legislação infraconstitucional: (i) Lei de ação popular (Lei n. 4.717/1965); (ii) Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981); (iii) Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985); (iv) Lei dos deficientes físicos (Lei n. 7.853/1989); (v) Lei dos investidores no mercado mobiliário (Lei n. 7.913/1989); (vi) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990); (vii) Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990); (viii) Lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992); (ix) Lei defesa da ordem econômica e da livre concorrência (Lei n. 8.884/1994); (x) Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001); (xi) Estatuto dos Torcedores (Lei n. 10.671/2003); (xii) Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003); (xiii) Lei de biossegurança (Lei n. 11.105/2005); (xiv) Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006); (xv) Lei do Mandado de segurança individual e coletivo (Lei n. 12.016/2009).

Pelo levantamento realizado sobre a legislação coletiva brasileira, pode-se observar que trata-se de um extenso rol de leis e normas constitucionais que regem o direito e o processo coletivo, os direitos fundamentais processuais e as garantias de natureza coletiva, bem como, as normas definidoras de competências, entre outras. Pode-se concluir que, realmente, há uma legislação coletiva fragmentada, porém, determinada e direcionada pela Constituição Federal de 1988 (uma estrutura que se determina “de cima para baixo”) e, certamente, sendo a Carta Maior, a diretriz principal do processo coletivo constitucional.

Observa-se, também, que nos últimos vinte anos houve um significativo avanço do tema em vários países. Mas, por outro lado, os estudos são recentes e os caminhos futuros indicam necessárias adequações às realidades vivenciadas pelas sociedades contemporâneas.

No entanto, o principal aspecto a ser observado é a importância da efetivação da legislação coletiva na atualidade. Com a evolução social, os direitos coletivos (em amplo aspecto) se tornaram cada vez mais pleiteados e, nos dias atuais, é como se caracterizassem a própria sociedade contemporânea, que vive sob as influências dos fenômenos da globalização, da mundialização, do multiculturalismo, entre outros. Portanto, a concretização da legislação coletiva torna-se fundamental, principalmente, nos Estados democráticos.

### *1.1.1. Representatividade adequada: class action norte-americana e a legislação coletiva brasileira – breve estudo comparado*

O estudo e a compreensão da *class action*, envolve uma criteriosa pesquisa de suas espécies, seus institutos, sua legislação e, certamente, análises de casos concretos. Como a análise criteriosa do referido tema não se adequa ao tema dissertativo, serão apresentados, apenas, alguns apontamentos sobre um ponto que tem merecido mais reflexão da atual doutrina brasileira, que é a representatividade adequada, pois, a questão afeta diretamente o direito fundamental de acesso à justiça (acesso à jurisdição) e a garantia do devido processo legal e constitucional, estes sim, institutos que são relevantes ao tema proposto pela pesquisa.

Inicialmente, Cassio Scarpinella Bueno traz um conceito sobre a *class action* do direito norte-americano, definindo-a como um procedimento em que um indivíduo ou um grupo de indivíduos passa a representar uma classe de pessoas que compartilham um interesse em comum. Sendo seu cabimento restringido às hipóteses em que a união, de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo, não é plausível, como, por exemplo, pela grande dispersão territorial dos afetados, o que justifica a pretensão como *class action*.<sup>28</sup>

E o autor conclui: “com efeito, em se tratando de *class action*, somente o autor (indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos) deve preencher os requisitos da competência jurisdicional”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R., 1985 *apud* BUENO, Cassio Scarpinella, 1996, p. 2. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92-151.

<sup>29</sup> *Ibid.*, loc. cit.

Mancuso, apoiando-se na doutrina de Ricardo de Barros Leonel, explica o alcance das ações coletivas nas cortes federais americanas:

Uma *class action*, esclarece Ricardo de Barros Leonel, com apoio na doutrina norte-americana, “permite que seja levada ao tribunal uma demanda, proposta por (ou em face de) um grande número de indivíduos ou organizações que tenham interesses correlatos, em situações em que seja mais eficiente e eficaz a responsabilização em termos coletivos que individuais. Tais ações acabaram tornando-se extremamente populares, sendo certo que nas cortes federais americanas têm sido usadas em casos como demandas antitruste, securitárias, em casos ambientais e relativos à discriminação sexual e racial, postulando benefícios governamentais, e ainda contra o uso de produtos tóxicos”.<sup>30</sup>

O direito norte-americano reconhece a importância das ações coletivas, principalmente, pela economia e eficiência processual que possibilitam. Como também, é reconhecido o benefício da economia financeira, pois, várias ações individuais podem ser substituídas por uma única ação coletiva e, por consequência, os custos da demanda são rateados entre todo o grupo. Mas, na realidade, esses benefícios acabam influenciando em um benefício maior, que é o acesso à justiça, pois, muitas ações individuais não chegariam ao poder decisório da justiça e, no entanto, como ações coletivas possuem a oportunidade de avaliação e julgamento.

O direito brasileiro sofreu influência do direito coletivo norte-americano, onde as *class actions* são largamente difundidas. Mancuso, em sua obra, cita Ada Pellegrini Grinover que reconhece a influência das *class actions* no direito coletivo brasileiro, dispondo que o surgimento do Código de Defesa do Consumidor de 1990, especificamente com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, representa de forma clara essa influência, apesar de ser adotado pelo legislador brasileiro uma disciplina original, mas, de qualquer forma, como expõe o autor, o legislador “inspirou-se sem dúvida nas *class actions for damages* norte-americanas”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2007, p. 34.

<sup>31</sup> Idem.

Apesar da influência do modelo de *class actions* norte-americano nas leis brasileiras, houve uma necessária adaptação em função das diferentes culturas.<sup>32</sup>

Uma importante diferença a ser enfatizada, refere-se à representatividade adequada, ou seja, a legitimidade ativa para as ações coletivas.

Nas *class actions* norte-americanas a legitimidade é do indivíduo e analisada pelo juiz no caso concreto, ao contrário, no direito brasileiro, a legitimidade pertence a um representante institucional determinado pela legislação<sup>33</sup>.

Em suma, no sistema brasileiro não existe controle jurisdicional em relação à representação (substituição processual – legitimidade extraordinária – determinada pela legislação), já no sistema norte-americano, é possível o controle da representatividade adequada pelo juiz.

Maciel Júnior explica que, no caso das *class actions*, na discussão de um determinado problema há um alargamento do juízo, onde o *class actor*, aquele que propõe a ação, não é definido em uma prévia legislação, sendo, normalmente, uma associação que representa uma classe em específico.<sup>34</sup>

Porém, no Brasil, Bueno explica que não há esse alongamento do juízo, ou seja, não há a possibilidade do juiz verificar a adequação da representatividade definida pela lei ou se o representante de determinada lide é a pessoa apta de exercer “aquele múnus”. Como diz o autor o sistema adotado pelo Brasil, no que diz respeito à representatividade adequada determinada pela Constituição Federal ou por lei infraconstitucional, é presumido: “todos aqueles que preenchem os requisitos

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, entre tantas diferenças culturais, Maciel Júnior, citando Mauro Cappelletti, ressalta sobre a diferença da forma de honorários dos advogados: “Em artigo recente, Capelletti (1990, p. 57) reconhece dificuldades em se imaginar uma transposição do sistema das *class actions* para os países de *civil law*, entendendo haver a necessidade de diversas adaptações difíceis de serem acatadas também pelos advogados. Para o autor, é difícil pensar-se em um sistema de *class actions* sem o incentivo aos advogados, no sentido de um alto ganho de honorários quando eles são vitoriosos (que recebe o nome no sistema norte-americano de *contingente fees*)”. MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 140.

<sup>33</sup> Mendes, citando Antônio Gidi, faz uma interessante análise comparativa entre os sistemas *common law* e *civil law*. De forma resumida, Gidi afirma que o sistema *common law* é flexível, prático, focado nos fatos e o juízes recebem poderes discricionários e de controle sobre o procedimento, as partes, os advogados e terceiros. Por sua vez, o sistema *civil law*, como o brasileiro, é rígido e formalista e não atribui poderes discricionários aos juízes, pois, as normas e regras processuais são escritas e definem o procedimento. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 140-144.

<sup>34</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula, op. cit., 2006, p. 139 e 140.

previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva”.<sup>35</sup>

O autor questiona a forma adotada pelo sistema brasileiro, relatando que muitas ações coletivas propostas são rejeitadas pelo reconhecimento da ilegitimidade de parte, indagando o autor: “[...] será que o exame da representatividade adequada entre nós é feito, veladamente, sob o manto da extinção da ação?”<sup>36</sup> Uma hipótese a se pensar.

Assim, a legislação brasileira adotou, no que diz respeito à legitimidade ativa para as ações coletivas, seja na Lei de Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor, a denominada “presunção absoluta”<sup>37</sup>, pois, os legitimados constam em rol taxativo, cabendo ao juiz, apenas, verificar se o autor da ação consta ou não como legitimado no ordenamento jurídico.

Pode-se concluir por prejuízo significativo à sociedade brasileira, isto é, pelo sistema adotado pela legislação brasileira, criou-se um obstáculo ao acesso à justiça para as causas de direitos coletivos violados, a partir do momento que a representatividade adequada não pode ser avaliada pelo próprio juiz e, ao invés disso, é imposto um rol taxativo de legitimados. Podendo ser considerado como uma violação ao art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>38</sup>

Bueno, nesse sentido, indaga: “de que adianta o acesso à justiça restar franqueado ao indivíduo diante do insucesso de ação coletiva se esta, precisamente, era o único meio hábil para que sua afirmação de direito fosse, eficazmente, levada ao Estado-juiz?”.<sup>39</sup>

Portanto, há de se repensar, reavaliar ou até mesmo reconstruir (mas, não esquecer ou abandonar) o instituto legal que, em sua literalidade dispositiva, não é mais recepcionado pelo conjunto normativo (princípios e normas) da Constituição democrática brasileira e, principalmente, aquele que viola o direito fundamental de acesso à justiça (ou o acesso ao judiciário) e, por consequência, à garantia do devido processo legal e constitucional.

<sup>35</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**: pontos para uma reflexão conjunta. 1996, p. 42.

<sup>36</sup> Ibid., p. 43.

<sup>37</sup> Ibid., p. 44.

<sup>38</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de mar. de 2014.

<sup>39</sup> BUENO, Cassio Scarpinella, op. cit., 1996, p. 47.

Fundamental a lembrança do principal objetivo da ciência do direito, que é a transformação social que, apenas, é (ou será) efetivada, se o direito acompanhar as mudanças sociais e as finalidades emergentes do cotidiano que envolve a atual sociedade contemporânea, mas, para tanto, paradigmas devem ser revistos através de uma meta primordial e essencial: interpretar o *conjunto normativo* da Constituição Federal de 1988, objetivando a concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro.

## 1.2 Desenvolvimento atual da legislação processual coletiva brasileira

São diversas as peculiaridades do processo coletivo, condições que o diferencia do processo de cunho individualista, a começar pela regulamentação, que se encontra dispersa em vários diplomas legais, cuja relação constitui um microsistema processual coletivo.

Há um círculo de integração e complementaridade entre as leis que disciplinam as ações coletivas e seus procedimentos, assim, o processo coletivo se desenvolve de maneira fragmentada, ou ainda, desenvolve-se de acordo com os procedimentos traçados por cada lei em sua especificidade.

O que há de comum no desenvolvimento dos processos coletivos é, justamente, as diretrizes consagradas pela Constituição Federal que reconhece e prevê normas principiológicas que definem uma configuração processual obrigatória e institui procedimentos garantidores dos direitos fundamentais, cabendo ao legislador infraconstitucional, observando o modelo processual constitucionalmente e parcialmente estabelecido, regulamentá-los.

Mancuso se refere ao microsistema processual coletivo:

A experiência brasileira com as ações coletivas e bem assim como os respectivos *Processo* e *Jurisdição*, pode ser considerada relativamente recente, ao menos em termos do que se poderia almejar como uma razoável sistematização normativa, sinalizada a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90 – CDC), cuja parte processual, pelo art. 117, traslada-se para o âmbito da ação civil pública da Lei 7.347/85, e daí para o da ação popular (Lei 4.717/65), mercê do disposto no art. 1º daquela Lei 7.347/85. Esta última viria tornar-se uma referência no campo das ações coletivas, inclusive colmatando eventuais lacunas esparsas pela legislação extravagante (v.g., o art. 224 da Lei 8.069/90) – Estatuto da Criança e do Adolescente), ao passo que o Código de Processo Civil, como lei processual geral, segue operando como pano de fundo e fonte subsidiária, tudo permitindo falar num *círculo de integração* e

*complementaridade*, levando a que hoje já se vislumbre um “microssistema processual coletivo”.<sup>40</sup>

Parte significativa da doutrina brasileira defende a necessidade de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, assim, anteprojetos já foram apresentados, por exemplo, o *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de Direito*, escrito por Antônio Gidi, elaborado em 2002; o do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, escrito por Ada Pellegrini Grinover, Kasuo Watanabe e Antônio Gidi, revisto depois por uma comissão de juristas em 2005; o elaborado, sob a coordenação de Ada Pelegrini Grinover, junto ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; o elaborado sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes nos programas de pós-graduação da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da UNESA – Universidade Estácio de Sá.

Também se destaca, o projeto apresentado sob a coordenação de Vicente de Paula Maciel Júnior elaborado nos programas da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e que versa sobre a teoria das ações coletivas como ações temáticas e como conclui Maciel Júnior: “as ações coletivas como ações ‘temáticas’ permitem, portanto, a participação dos legitimados na formação do provimento, resgatando às partes (interessados difusos), o direito de participação em contraditório no processo decisório que os afetarão”.<sup>41</sup>

Além das propostas de unificação das leis processuais coletivas e das ações coletivas como ações temáticas, existem anteprojetos que buscam alterar leis específicas, como, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública.

---

<sup>40</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2007, p. 17.

<sup>41</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 185.

Há, em novas teorias, a intenção de ampliação do rol de legitimados, como a inclusão do cidadão como legitimado ativo.<sup>42 43</sup> É o caso da proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América que amplia a legitimação ativa para as ações coletivas.<sup>44</sup>

Os caminhos percorridos por estas propostas e anteprojetos foram diversos. Mas, de qualquer forma, nenhum deles possui destaque no que diz respeito à aprovação e finalização legislativa ou executiva.

A não unanimidade sobre a codificação do direito processual coletivo brasileiro intensifica esta incerteza, pois, há juristas que defendem a ideia de que o momento não é oportuno, principalmente porque a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, em seus poucos anos de existência, produziram frutos positivos.

Estes pareceres podem ser encontrados no relatório elaborado pelo Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida e revisado por integrantes da Comissão instituída pela Resolução de n. 75 de 2005 do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por ato de seu Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça. A Comissão foi designada especialmente para analisar criticamente os anteprojetos de leis que tivessem por objeto a codificação do processo coletivo.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Mendes faz uma observação significativa em relação à legitimação dos indivíduos, que poderia ampliar o campo de atuação da advocacia privada. O autor diz que, com a inovação, seria aberto um importante campo de atuação à advocacia privada, ou seja, na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, portanto, rompendo com a limitação de atuação às associações e aos sindicatos e com a advocacia privada, apenas, do polo contrário aos interesses coletivos. O autor tem uma visão positiva para tal inovação, considerando-a como um grande atrativo futuro, e justifica: “[...] Pois causas que individualmente não seriam capazes de mobilizar e custear o aporte de recursos humanos e materiais poderão, sob o prisma coletivo, representar uma importante fonte de interesse para os advogados”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 270.

<sup>43</sup> Por outro lado, a ausência de maturidade do povo brasileiro impede a legitimação do cidadão, como discorre Kazuo Watanabe: “Por certo, após a perfeita assimilação pelo povo brasileiro do verdadeiro ideal colimado pelo Código, o que somente ocorrerá com a educação mais aperfeiçoada e mais abrangente, e principalmente com a diminuição do individualismo que nos marca profundamente, estaremos aptos, no futuro, à ampliação total, inclusive a cada indivíduo, da legitimação para agir para a tutela, a título coletivo, dos interesses e direitos dos consumidores”. WATANABE, Kazuo. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária. 2004, p. 815.

<sup>44</sup> **Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor**. Anteprojeto de código modelo de processos coletivos para ibero-américa. Disponível em: <[http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias\\_detalle.asp?campo=2552](http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalle.asp?campo=2552)>. Acesso em 22 de jan. de 2014.

<sup>45</sup> **Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor**. Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <[http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias\\_detalle.asp?campo=1533](http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalle.asp?campo=1533)>. Acesso em: 22 de jan. de 2014.

Em relação à iniciativa dos juristas brasileiros que se dedicam ao tema da criação de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, Almeida se posiciona como sendo uma iniciativa positiva, porém, faz um alerta no sentido de existir um risco político ao serem encaminhadas as propostas ao Congresso Nacional sem a efetivação de “um amplo e legítimo debate nacional”.<sup>46</sup> Para o autor: “o debate não poderá limitar-se ao meio jurídico e acadêmico, mas abrir-se a sociedade civil e todas as instituições de defesa social.”<sup>47</sup>

É de ser ressaltado o alerta feito por Almeida, pois, as propostas de novas leis processuais coletivas ou as propostas de codificação processual coletiva devem estar condizentes com as normas dispostas pela Constituição Federal de 1988. E tais propostas, anteprojetos e projetos não podem, simplesmente, destruir ou não considerar o que já foi construído pela nova fase do constitucionalismo brasileiro. Nesse sentido, Almeida diz que “uma proposta de codificação do direito processual coletivo brasileiro deverá orientar-se pelos princípios democráticos, evitando o retrocesso em relação às conquistas do sistema pátrio [...]”.<sup>48</sup>

Essa preocupação é justificada, principalmente, por ser o processo coletivo uma garantia fundamental constitucional concretizadora do direito material coletivo, que é um direito fundamental constitucional. Portanto, insere-se a necessidade prioritária de haver uma relação harmoniosa e legal entre os dois direitos, ou seja, entre o direito material e o direito processual. Como afirma Almeida, “qualquer proposta de codificação deve observar essa relação de correspondência, dela extraindo as diretrizes necessárias para a sua implantação”.<sup>49</sup>

Outra questão importante apresentada pelo autor, refere-se ao fato das principais e atuais leis coletivas brasileiras estarem em processo de adequação e, ainda, os chamados “microssistemas coletivos” não terem sido “devidamente assimilados e explorados por parte da doutrina e especialmente pela jurisprudência”.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 586.

<sup>47</sup> Ibid., p. 590.

<sup>48</sup> Ibid., p. 589.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Ibid., p. 588.

Conclui-se que, são injustificáveis propostas que criam diplomas legais que representam, apenas, meras consolidações de leis (regras e princípios) que já existem. E, se o objetivo é o fortalecimento democrático brasileiro, a solução pode estar bem mais próxima, ou seja, efetivam-se as leis que já existem, sejam materiais ou processuais coletivas, buscando-se a concretização de direitos coletivos fundamentais através do processo coletivo constitucional.

Mas, de qualquer forma, se o objetivo é, apenas, a codificação do processo coletivo, que seja pautada pelas normas constitucionais que impõem total obediência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

### **1.3 Conceitos e características do direito e do processo coletivo**

Pela disposição dada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu art. 81, parágrafo único, a defesa coletiva será exercida quando se tratar de direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Observa-se, no entanto, que o referido Código não conceitua de maneira esclarecedora os direitos coletivos, apenas os distingue.

A conceituação e a compreensão dos direitos coletivos e das ações coletivas são fundamentais ao repensar do processo coletivo sob a luz da Constituição Federal de 1988, isto pelo fato de identificarem a real necessidade do processo coletivo como garantidor e constituidor de direitos fundamentais. Exatamente por tal relevância que algumas conceituações e classificações do direito coletivo e da ação coletiva serão analisadas.

#### *1.3.1 Direitos coletivos*

Nelson Nery Júnior colaborando com a definição de direitos coletivos, apresenta, como exemplo, o acidente ocorrido com o barco *Bateau Mouche IV*. Pela explanação do autor, a vítima (ou as vítimas) poderia ter a pretensão indenizatória, assim, estar-se-ia requerendo um direito individual; poderia ser proposta ação requerendo obrigação de fazer por associação de empresas de turismo, portanto,

tratar-se-ia de direito coletivo; e, por fim, poderia o Ministério Público propor ação em favor da vida e da segurança, neste caso, haveria a defesa de direitos difusos.<sup>51</sup>

Zavascki faz um alerta para que a defesa de direitos coletivos não seja confundida com a defesa coletiva de direitos. Para o autor, direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais e que não possuem um titular individualmente determinado e, também, são materialmente indivisíveis, porém, há a possibilidade de se identificar uma única unidade da espécie de direito coletivo, assim, direito coletivo é uma designação genérica e possui como espécies: o direito difuso e o direito coletivo *stricto sensu*. Já a defesa coletiva de direitos, identifica os direitos individuais homogêneos que são direitos subjetivos individuais e em relação à qualificação de homogêneos, explica o autor: “[...] é qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles [...]”.<sup>52</sup>

Segundo Hermes Zaneti Júnior, são direitos difusos os interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, como especifica:

Tem-se por Direitos difusos (art. 81, § único, I, CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não se consegue sua individuação, nem mesmo como grupo) e ligadas por circunstâncias de fato – anterior e independente da lesão ou ameaça ao Direito. Portanto, não existe um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., “a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação base”.<sup>53</sup>

No caso de direitos difusos não há identificação de titulares ou beneficiários, pois, há ausência de vínculo associativo, havendo uma massa abstrata de pessoas que são afetadas pelo fato ocorrido.

---

<sup>51</sup> NERY Júnior, Nelson. **Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I. 1992, p. 202.

<sup>52</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos. 2011, p. 33-34.

<sup>53</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: JusPODIUM. 2008, p.32.

Em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II, CDC), Zaneti Júnior explica que são direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular o grupo, categoria ou classe de pessoas (indetermináveis, mas determináveis enquanto grupo ou classe). Sendo as pessoas ligadas entre si ou pela parte contrária por uma relação jurídica base, esclarecendo o autor: “[...] nesse particular cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo ‘fato de sua organização’ ou pela sua ligação com a ‘parte contrária’”.<sup>54</sup>

Nesse caso, o fato ocorrido atinge um grupo determinado de pessoas, portanto, há uma associação, uma organização que torna o direito coletivo, ou seja, um direito que pertence a um grupo ou categoria de pessoas.

Sobre os direitos individuais homogêneos, Zaneti Júnior dispõe que são aqueles que se caracterizam por serem individuais e divisíveis e cujos interesses são de origem comum, ligados por relações comuns, esclarecendo o autor: “[...] são aqueles decorrentes de origem, ou seja, os Direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *ex posto factum* (fato lesivo). [...]”.<sup>55</sup>

Mendes considera que os interesses individuais homogêneos possuem como principal característica a falta de indivisibilidade, sendo que, em muitos casos, o possível fracionamento afasta o tratamento unitário obrigatório, sendo possível, ainda, soluções diferenciadas para os interessados. Trata-se, portanto, de interesses ou direitos que possuem em suas essências a característica de individualidade e, acidentalmente, tornam-se coletivos, assim, qualificados como homogêneos e sendo necessária a pluralidade de pessoas e a origem comum.<sup>56</sup>

A garantia dos direitos individuais homogêneos representa um avanço significativo na efetivação do princípio da economia processual, possibilitando que a função jurisdicional atue de maneira mais eficiente diante da problemática atual de acúmulos de demandas e, ao mesmo tempo, permitindo o acesso à Jurisdição mesmo nos casos de valores considerados diminutos, como bem expressa Mendes,

---

<sup>54</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. 2008, p. 32-33.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>56</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 225.

“[...] representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; [...]”<sup>57</sup>

O direito individual homogêneo possui relevância social que deve ser reconhecida e valorizada, pois, consegue atender às situações próprias das cidades modernas, como àquelas que envolvem direitos dos consumidores.

Na busca de conceituações de direitos coletivos, os estudos doutrinários desenvolveram as classificações por gerações, apesar de não haver unanimidade na compreensão do objeto de cada geração, nem mesmo no número de gerações, analisa-se o julgado do Ministro Celso de Melo que transcreve uma classificação por gerações:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”<sup>58</sup>

Percebe-se que, pelo julgado do Ministro Celso de Melo, há uma classificação de direitos coletivos por definições de direitos humanos, ou seja, a classificação de gerações é identificada por categorias de direitos humanos.

---

<sup>57</sup> MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 226.

<sup>58</sup> MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995. No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

### 1.3.2 Ações coletivas

Segundo Almeida, a ação coletiva representa a defesa dos direitos coletivos (em sentido amplo) por via jurisdicional, que é disponibilizada a determinados entes públicos ou sociais (e o cidadão de forma mais restrita) que são especificados na Constituição, como também, em legislação infraconstitucional. Sendo, portanto, um importante instrumento processual constitucional.<sup>59</sup>

Mendes, pelo modelo brasileiro, entende que a ação coletiva (que tutela interesses coletivos, entendidos como difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais coletivos) pode ser definida “[...] como direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas e formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, [...]”.<sup>60</sup>

Luiz Manoel Gomes Júnior diz que o que caracteriza a ação coletiva é o seu objeto, ou seja, se a pretensão for coletiva, a ação terá a natureza coletiva.<sup>61</sup>

A possibilidade da ação coletiva impõe o requisito de legitimidade. É necessário que o interessado tenha legitimidade processual. Apesar da doutrina não ser uníssona, a regra é a substituição processual (legitimação extraordinária) da coletividade ou do grupo por uma das entidades ou pessoas legitimadas pela lei a postular em juízo.

A legitimidade do Ministério Público também ocorre por substituição processual do grupo ou da coletividade, assim, está legitimado a ajuizar demanda coletiva em defesa de direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos indisponíveis ou de interesse social. Por exemplo, na ação civil pública, o Ministério Público age em nome próprio, defendendo interesse público.

De maneira geral, são os seguintes legitimados nas ações coletivas (conforme as leis que definem os legitimados e em conformidade com a CF/88): (i) cidadão na ação popular; (ii) órgãos públicos e associações na ação civil pública (art. 5º, V), cf. Código de Defesa do Consumidor (art. 82) e cf. Constituição Federal de

---

<sup>59</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>60</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas – no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

<sup>61</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

1988 (art. 5º, XXI); (iii) sindicatos e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional cf. Constituição Federal de 1988 (art. 8º, III); (iv) Ministério Público com participação obrigatória seja como parte ou como *custus legis* cf. Leis 7.347/85 (art. 5º §1º), 8.078/90 (art. 82) e CF/88 (arts. 127 e 129); (v) Defensoria Pública cf. Lei 7.347/85 (art. 5º, II); (vi) União, Estados, Municípios e o Distrito Federal; (vii) entidades e órgãos da Administração Pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica.

Em relação à legitimidade ativa da Defensoria Pública, especificamente no que diz respeito à ação civil pública, salutar a observação de que o Órgão foi incluído no rol de legitimados somente em 2007 pela Lei Federal n. 11.448<sup>62</sup>, de 15 de janeiro, que alterou a Lei da Ação Civil Pública no tocante à legitimidade ativa. Sobre esta significativa alteração, discorrem Cíntia Garabini Lages e Lucélia de Sena Alves:

A inclusão da Defensoria Pública como legitimada extraordinária, ao lado dos demais legitimados já identificados na Lei 7.347/85, a autoriza a atuar de modo disjuntivo, ou seja, independentemente da opinião ou da vontade de qualquer outro legitimado, inclusive o Ministério Público, e acompanha a tendência doutrinária hodierna, contribuindo de forma significativa para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e para o que Boaventura de Sousa Santos chamou de revolução democrática da justiça.<sup>63</sup>

E, ainda, as autoras dizem que “o reconhecimento da legitimidade a uma pluralidade de legitimados reforça o caráter democrático do processo coletivo, ao garantir o direito de acesso à jurisdição coletiva”.<sup>64</sup>

No que diz respeito à coisa julgada nas ações coletivas, dependerá do direito coletivo pleiteado. Como explica Mendes: “a sentença proferida em relação aos interesses difusos produzirá efeitos *erga omnes*, enquanto na solução dos conflitos envolvendo interesses coletivos a eficácia estará adstrita ao grupo, categoria ou classe”.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> A Lei 11.448/2007 teve origem no Projeto de Lei do Senado 131/2003, apresentado pelo então Senador Sérgio Cabral em 2003. O projeto, aprovado no Senado Federal, foi encaminhado à Câmara dos Deputados e passando a tramitar sob n. PL5704/2005, tendo sido aprovado nos termos do substitutivo apresentado pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, que manteve a legitimidade da Defensoria Pública.

<sup>63</sup> Artigo não publicado: *Defensoria Pública e ação civil pública*: uma discussão sobre legitimidade e democracia. Autoras: Cíntia Garabini Lages e Lucélia de Sena Alves, p. 15.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>65</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 223.

### 1.3.3 Processo coletivo

São características do processo coletivo: sua causa de pedir (direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos), a legitimidade ativa (pré-determinada pela legislação pertinente – através da substituição processual) e o sistema adotado de formação da coisa julgada coletiva.

O processo coletivo é o instrumento adequado à efetivação dos direitos coletivos (em sentido amplo), seja por meio da aplicação do direito pelo órgão julgador em uma ação específica, seja de forma preventiva e abstrata.

O processo na forma coletiva propicia significativa redução do número de demandas propostas individualmente com origem comum, na medida em que, em um único processo, os conflitos são solucionados de maneira genérica. Assim, as ações coletivas permitem o amplo acesso à jurisdição das demandas de massa, cujas peculiaridades exigem tratamento processual distinto daquele previsto para os litígios individuais.

No entanto, como salienta Maciel Júnior, a tutela dos interesses difusos e coletivos ocorreu sem uma explicação teórica, apenas, ocorrendo uma adequação dos conceitos teóricos dos direitos individuais aos direitos coletivos. Isto é, os procedimentos coletivos foram entendidos pelas concepções das relações individuais. Não havendo um reconhecimento das peculiaridades que envolvem o processo coletivo, a tutela coletiva ou as relações coletivas. Por consequência, as diferenças entre as referidas tutelas não foram identificadas, como por exemplo, a legitimação para agir, a coisa julgada, a sentença e a execução. O autor, por fim, considera a necessidade de reavaliação dos conceitos adotados no processo coletivo, pois, trata-se de situações judiciais que envolvem muitos cidadãos.<sup>66</sup>

Na mesma esteira, Mancuso explica que o problema é que os conflitos metaindividuais, ainda, são analisados pelas concepções dos conflitos intersubjetivos. O autor diz que o treinamento e as informações que são passadas aos futuros operadores de direito são basicamente centradas em conflitos intersubjetivos (citando o exemplo Tício *versus* Caio), sendo esse tipo de formação

---

<sup>66</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. 2006, p. 136.

limitada e prejudicial ao conhecimento e ao desenvolvimento do estudo teórico e do manejo judicial dos conflitos metaindividuais.<sup>67</sup>

A questão fundamental (e problemática) é que são inaplicáveis muitas regras do direito processual civil clássico ao processo coletivo, que utiliza regras e princípios próprios para tutela de Direitos coletivos *lato sensu*, bem como, possui objetivos e instrumentos próprios, por exemplo, ações civis públicas, ações populares, e como ressalta Zavascki possui identidade definida, tratando-se de um subsistema com objetivos específicos que “[...] confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual”.<sup>68</sup>

Nesse sentido, explica Gomes Júnior: “ao contrário da disciplina adotada pelo Código de Processo Civil, mais adequada para litígios individuais, no caso das ações coletivas houve a opção por uma sistemática diferenciada [...]”.<sup>69</sup> E o autor conclui ressaltando a ponderação feita por Motauri Ciocchetti de Souza que diz que nos casos das ações coletivas, “[...] deve o intérprete analisar as questões envolvendo a competência do órgão julgador sob a ótica de critérios próprios e específicos, considerando as particularidades de tal espécie de tutela jurisdicional”.<sup>70</sup>

A referida incompatibilidade, entre regras do direito processual civil e a aplicabilidade no processo coletivo, pode ser exemplificada com o instituto de oposição, previsto no art. 56 e seguintes do Código de Processo Civil. Observa-se que o mesmo não é aplicável no processo coletivo, pois, o objeto em litígio pertence a uma coletividade de pessoas, não há interessado exclusivo, não há a defesa de direito próprio ou não há como se falar em autor e réu demandados por terceiro interessado.<sup>71</sup>

Certamente, a análise criteriosa de todos os institutos previstos no Código de Processo Civil ou em leis específicas como a Lei n. 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, bem como, a análise detalhada de conceitos e características apresentados pela doutrina processualista civilista, que não são aplicáveis ou compatíveis com o processo coletivo, ensejaria outra pesquisa dissertativa. E como os escopos deste trabalho são outros, apenas, são apresentados alguns exemplos.

---

<sup>67</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2007, p. 19-20.

<sup>68</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos. 2011, p. 22.

<sup>69</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2005, p. 121-122.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 135-136.

No que diz respeito às ações individuais que são propostas e que poderiam ter sido ajuizadas como ações coletivas, Mendes apresenta exemplos relevantes dos últimos anos, como as questões dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos inúmeros conflitos envolvendo aposentados; lides que diziam respeito a tributos, como a CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, citando apenas alguns poucos exemplos.<sup>72</sup>

Almeida expõe alguns dos principais obstáculos à efetividade, através do processo coletivo, do direito coletivo brasileiro, como a resistência que há na concepção do direito processual coletivo; o profissional de direito que é formado por concepções individualistas; a crise do ensino jurídico; as limitações impostas na atuação do Ministério Público; a pouca atuação dos outros legitimados ativos; a desorganização do judiciário brasileiro, entre outros obstáculos que são apresentados pelo autor.<sup>73</sup>

Mas, enfim, é inquestionável que a falta de procedimentos específicos ao processo coletivo pode ocasionar a violação de direitos fundamentais, conseqüentemente, a violação do próprio Estado Democrático de Direito. Bem como, é perceptível que a não uniformidade de procedimentos específicos ao âmbito coletivo, pode ocasionar efeitos desastrosos à sociedade brasileira, pois, pode-se ter um processo coletivo sem efetividade e eficácia e, ainda, por consequência, um aumento significativo no número de demandas individuais que poderiam ser substituídas por demandas coletivas.

No entanto, é fundamental que todas as normas sobre direito coletivo, material ou processual, existentes no ordenamento jurídico brasileiro, por mais que apresentem seus próprios critérios, sejam interpretadas e efetivadas em consonância com as normas determinadas pela Constituição. Ou seja, a unificação das normas coletivas (materiais e processuais) passa a ser fundamentada (e efetivada) a partir das próprias regras e princípios do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>72</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2010, p. 277.

<sup>73</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 569-570.

## CAPÍTULO II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 representa um momento de conquista do povo brasileiro. A Carta Maior, em seu artigo inaugural, constitui a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito que conjuga o Estado de Direito e o Estado Democrático.<sup>74</sup>

O Estado de Direito impõe a todos os indivíduos, administrados e administradores, o respeito à Lei maior. Por sua vez, o Estado Democrático representa a efetiva participação da sociedade no trato da coisa pública.

Conforme Almeida, para a conceituação de Estado Democrático de Direito não basta unir conceitualmente o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tratando-se, na realidade, de um novo conceito que incorpora “um componente revolucionário de transformação do *status quo*”, uma vez que, o fato do art. 1º da Constituição de 1988 afirmar que a República Federativa do Brasil se constitui em ‘Estado Democrático de Direito’, não deve ser interpretado como uma *mera promessa* de organizar o Estado brasileiro.<sup>75</sup>

Por essa importante forma de se interpretar o Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal de 1988, compreende-se a principal razão de se ter o Estado brasileiro como de “direito e democrático”: a transformação social.<sup>76</sup> Para tanto, deve se ter como escopo primordial a concretização de direitos e garantias fundamentais.

A Carta Magna em seu art. 5º dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de mar. de 2014.

<sup>75</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). 2003, p. 57.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 out. de 2013.

Assim, são consagrados os direitos fundamentais do Estado brasileiro, não apenas no artigo citado e em seus incisos, mas em vários outros, explícita ou implicitamente.

Pelas regras, princípios e garantias constitucionais (normas constitucionais), as funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) devem atuar, objetivando, sempre, a concretização do Estado Democrático de Direito, visando o desenvolvimento do País e a vida digna de todos os cidadãos brasileiros.

Porém, como alerta Cíntia Garabini Lages: “[...] a adoção de princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito, principalmente no tocante à concretização dos direitos fundamentais, não fazem do mesmo uma estrutura pronta e acabada, mas uma estrutura a todo o momento revisável”.<sup>78</sup>

E como diz Almeida: “no novo paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado na CF/88, a transformação da realidade social é um compromisso inarredável que traça a própria essência do Direito: um Direito transformador, construtivista, aberto e dinâmico.”<sup>79</sup>

Salutar um pensar no sentido de que, se o direito como ciência positiva que impõe: direitos e deveres; o fazer e o não fazer; o ser, o dever-ser; e o proceder em âmbito processual dos indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas), há de se conceituar o direito como transformador e construtivista. E, ainda, se é o processo constitucional que efetiva o direito material, seja individual ou coletivo, há de se compreender o processo como transformador da realidade social, pois, é através do processo que decisões judiciais alteram às realidades sociais. E, por fim, há de se interpretar todos esses instrumentos de transformação da realidade social de maneira aberta e dinâmica, em consonância com as normas democráticas do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>78</sup> LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo**: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito. Belo Horizonte. 2010b. 185f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira. P. 31.

<sup>79</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 581.

## 2.1 O Estado Democrático de Direito

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 1º, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e determina seus fundamentos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>80</sup>

Esta previsão não constava nas Constituições anteriores, como ensinam Gregório Assagra de Almeida e Flávia Vigatti Coelho de Almeida. Os autores salientam o grande e importante diferencial entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito. Estes últimos, consecutivamente, possuíam caráter individualista e social, no entanto, o Estado Democrático de Direito possui caráter de justiça material, de transformação da realidade social, de tutela jurídica ampla de direitos individuais e coletivos, que se apresenta de maneira dinâmica, receptiva e aberta. Para os autores, “o Estado rompe com o dualismo que separava Estado da sociedade e se insere na sociedade, como representação da sua evolução e organização”.<sup>81</sup>

Salienta-se que a Constituição de 1988 foi a primeira a contextualizar a expressão de “direitos fundamentais” e a inserir os “direitos coletivos” como direitos fundamentais, conforme salientam Almeida e Almeida:

---

<sup>80</sup> **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 out. de 2013.

<sup>81</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os Direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010, v. 2., p. 223.

Uma das grandes novidades da CF/88 foi a inserção da tutela jurídica do Direito Coletivo na teoria dos Direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I), o que não encontra precedente nas Constituições da história do País, nem no plano das Constituições alienígenas. Todavia, essa previsão constitucional não foi, até os dias atuais, explorada pela doutrina ou pela jurisprudência.<sup>82</sup>

Na Carta Magna são consagrados direitos e garantias individuais, coletivos, sociais e políticos que surgiram como uma fundamental transformação na relação entre o Estado e a sociedade. Em seu preâmbulo é descrito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>83</sup>

De maneira mais específica, a Constituição Federal intitula seu Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Considerando-os como: direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e dos partidos políticos, sem considerá-los como um rol taxativo ou exaustivo, pois, em outros dispositivos a Constituição se refere, também, aos direitos fundamentais.

Todos estes direitos fundamentais possuem como garantidores o princípio da democracia e o princípio da cidadania (soberania popular).

Brêtas explica que na atual Constituição Federal o poder emana do povo<sup>84</sup>, assim, o princípio da democracia se sobressai.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. **Os Direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 2010, p. 225.

<sup>83</sup> **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 out. de 2013.

<sup>84</sup> Faz-se uma ressalva apresentada por Paulo Bonavides em relação à expressão “o poder emana do povo”: “não foi por outra razão, talvez, que a Constituição do Estado Novo logo em seu primeiro artigo também afirmava que o poder político emana do povo e em nome dele se exerce no interesse de seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade. A reprodução, pela Carta autoritária, do pensamento exarado já em 1934, faz-nos presumir que o dogma se preservara unicamente em virtude de seu teor programático e gratuito. Não se deve passar despercebido também que o texto da mais desconchavada de todas as nossas Constituições, a de 1969 [...] ainda mantinha intangível a disposição onde se continua a rezar que todo o poder emana do povo [...] O povo que queremos nas instituições não é, porém, essa figura abstrata de retórica, onde arde a imaginação e a ideologia de falsos profetas, senão aquela entidade visível nas leis eleitorais, no acesso participativo às urnas, na formação da vontade geral: o povo concreto e livre, que constituem partidos e vota para renovar mandatos representativos.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 337-338.

Pela exposição do autor, existem muitos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito, porém, dentre eles, há relevância do princípio da democracia que determina que todo o poder emana do povo e esse poder é concretizado através do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular ou por meio dos representantes eleitos pelo voto direto, em conformidade com os arts. 1º, parágrafo único, 14, incisos I, II, III, e 60, §4º, inciso II.<sup>86</sup>

Como José Joaquim Gomes Canotilho diz que o que realmente fundamenta o Estado Democrático de Direito é o princípio da soberania popular. Isto pelo fato do Estado constitucional ser “mais” do que o Estado de Direito. Sendo o elemento democrático introduzido pela necessidade de legitimação do próprio poder do povo e não, apenas, para limitar o poder estatal, assim o autor dispõe que “somente o princípio da soberania popular, segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’, assegura e garante o Direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.”<sup>87</sup>

A atual Carta Magna sedimentou a concepção de que o ser humano é o ponto principal de qualquer organização política democrática, sendo que todas as estruturas devem promover a sua dignidade. Consagrou um extenso rol de garantias, individuais e coletivas, com a natureza de cláusulas pétreas.

Em relação aos interesses e direitos coletivos, Almeida e Almeida enfatizam que a consagração de tais direitos como direitos constitucionais e fundamentais (nova *summa divisio* direito individual e direito coletivo) foi uma importante mudança de paradigma nos entendimentos jurídicos brasileiros, como relatam, os direitos ou interesses coletivos passaram a compor o centro do sistema constitucional e a traçar importantes diretrizes principiológicas fundamentais. Portanto, os direitos coletivos devem ser interpretados e compreendidos de maneira ampla e aplicados de maneira imediata e máxima, por suas próprias forças normativas.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 147.

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 95-96.

<sup>88</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. **Os Direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 2010, p. 210.

De maneira sintetizada, a Constituição Federal de 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito, determinou seus fundamentos e objetivos e, em seu Título II, Capítulo I, definiu os direitos e garantias fundamentais como “Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos”.<sup>89</sup>

A Constituição incorporou, como garantia dos direitos da pessoa humana, o princípio da legalidade, objetivando a proteção contra o arbítrio daqueles que detêm o poder.

Diante dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, os órgãos estatais estão submetidos à ordem jurídica constituída, o que proporciona segurança jurídica e liberdade aos indivíduos.

Paulo Bonavides, referindo-se a separação dos poderes, explica o momento em que surge o Estado constitucional. O autor diz que imediatamente após as duas grandes revoluções, a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa, surge o Estado Democrático da separação dos poderes, tratando-se, conforme o autor, de um “artefato político, social, moral e jurídico de uma rebelião de ideias, uma obra de filósofos contratualistas inclinados a transformar o mundo e a refazer as instituições”.<sup>90</sup>

Alexandre de Moraes sintetiza que o Estado Democrático de Direito, somente existirá, justamente com a independência dos Poderes, que devem atuar de maneira harmônica, sendo a previsão de direitos fundamentais instrumentos que possibilitam a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos.<sup>91</sup>

A expressão Estado Democrático de Direito permite uma interpretação do direito que ainda precisa de muito amadurecimento em uma sociedade como a brasileira, que continua buscando a democracia social. Isso porque a democracia política, ou seja, a participação do cidadão na vida pública é apenas um dos aspectos do conceito de democracia hodiernamente. Nesse sentido, salutar as palavras de Paulo Bonavides:

---

<sup>89</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de mar. de 2014.

<sup>90</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 2010, p. 43-44.

<sup>91</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 369.

O Estado de Direito é como a democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror. Fora daí parecem existir tão-somente no léxico dos idealistas, nos lábios dos sonhadores, na retórica dos demagogos. Quando a Nação apela para esses conceitos em suas instituições, para as formas vivas e concretas que eles devem tomar, já se acha envolvido numa profunda crise política, de armas erguidas contra os algozes da liberdade. É nessas ocasiões que democracia e Estado de Direito surgem, com mais frequência, adjetivados pelos órgãos da segurança intelectual do poder. Em suma, democracia e Estado de Direito, sem embargo das escamoteações teóricas habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e os filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas.<sup>92</sup>

O autor, ainda, manifesta-se no sentido de que no Brasil existe a descrença tocante à possibilidade da instauração de uma ordem democrática firme, definitiva e estável. Entende-se, em geral, que há ausência de educação política da sociedade brasileira, com o imenso atraso do País, onde se acumulam desníveis significativos de condições sociais de renda e letras. Mas, apesar desta constatação, faz uma ressalva: “nenhum povo congrega hoje pressupostos tão favoráveis ao estabelecimento de uma sólida e próspera ordem democrática quanto o povo brasileiro”.<sup>93</sup> Justificando, Bonavides explica que a singularidade do povo brasileiro é identificada na religião, na língua, nos costumes e no pacto racial e assim conclui:

Sem discrepâncias étnicas profundas, sem minorias perseguidas ou espoliadas, sem ressentimento de classe arraigado em privilégios que a ação do tempo, com o progresso das ideias, não possa corrigir e remover. Possuímos em verdade uma índole nacional democrática, e os valores cristãos podem perfeitamente inclinar-nos ao humanitarismo social, guiando a nação pelos caminhos da justiça e da liberdade, como pede o bem comum.<sup>94 95</sup>

Com amparo nas lições de Canotilho, o Estado Democrático de Direito apresenta dois pontos fundamentais: a limitação do Estado pelo direito e o povo legitimando o exercício do poder político, sendo “o Direito concebido enquanto

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 2010, p. 327.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 329.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>95</sup> Apenas em complementação, a concepção de liberdade no Estado de Direito e no Estado Democrático de Direito acarreta controvérsias que se baseiam na forma de se ver a questão da liberdade na busca pela legitimidade do poder. Para Canotilho, existem duas espécies de liberdades, correspondentes a cada Estado, ou seja, no Estado de Direito prevalece à liberdade negativa que é uma liberdade de defesa que gera um afastamento entre Estado e indivíduo, já no Estado Democrático prevalece à liberdade positiva que é uma liberdade democrática que legitima o poder do povo e sua participação no exercício democrático desse mesmo poder. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 1999, p. 95.

Direito interno do Estado e o poder democrático entendido enquanto poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado”.<sup>96</sup>

Conforme entendimento de Almeida, o Estado Democrático de Direito, abre um espaço significativo às interpretações construtivistas, assim, novas concepções são acrescentadas à formulação do próprio Estado. Trata-se de discutir o papel da Constituição e da própria função jurisdicional, como última instância de interpretação desse documento essencial para a caracterização de um Estado de Direito Democrático.<sup>97</sup>

André Del Negri, por sua vez, alerta que os debates não são bem aceitos pelas sociedades totalitárias, o que representa a condição de silêncio dos indivíduos sociais. Por consequência, as opiniões não são manifestadas. Nesse contexto, tornam-se fundamentais estudos que apreciem e valorizem a pluralidade de opiniões e de visões diferenciadas do mundo, das sociedades e do próprio direito, tratam-se de condições que podem criar a emancipação dos indivíduos. Para o autor, tais condições justificam a importância da teoria da democracia, bem como, “das soluções legítimas para os problemas sociais, da inclusão do outro, da contestação da racionalidade, das sociedades abertas, de uma razão dialogal, e não subjetiva, de decisões compartilhadas e não solitárias”.<sup>98</sup>

Destacam-se as considerações de José Afonso Silva sobre a principal característica do atual Estado de Direito, qual seja: a Democracia. Para o autor, a realização da democracia em um Estado Democrático de Direito, deve se efetivar pelo processo de convivência social, porém, em uma sociedade livre, justa e solidária, em conformidade com o art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, em que o poder do povo é reconhecido e exercido em proveito do próprio povo. Portanto, uma democracia participativa, conforme explica o autor: “participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo”. Mas, também, uma democracia pluralista: “pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade”.

---

<sup>96</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 1999, p. 227.

<sup>97</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008.

<sup>98</sup> DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

Concluindo, José Afonso Silva expõe a necessidade de se tratar de um processo ao qual exista a libertação da pessoa humana, isto em relação às formas de opressão que conforme o autor: “[...] não depende apenas do reconhecimento formal de certos Direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu exercício pleno”.<sup>99</sup>

## 2.2 Dos Direitos humanos aos Direitos fundamentais

Antes de serem apresentados os conceitos sobre os direitos humanos e direitos fundamentais, importante a observação de que ambos os direitos tornaram-se motivos de preocupação nas últimas décadas e no Brasil, principalmente, a partir da Constituição Federal de 1988.

Almeida e Almeida fazem a ressalva de que, até o advento da Constituição Federal de 1988 não havia estabilidade política e jurídica, portanto, não havia cuidados especiais com os direitos e garantias constitucionais fundamentais, apesar de se tratar de um tema fundamental à Nação democrática. Para os autores, até no âmbito mundial era perceptível à necessária adaptação ao novo constitucionalismo e somente depois da Segunda Guerra Mundial, pode-se observar uma proposta interpretativa de superação do positivismo legalista.<sup>100</sup>

Flávia Piovesan esclarece sobre a influência da 2ª Guerra Mundial no contexto dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A autora relata que o movimento de internalização dos direitos humanos é recente na história, ou seja, surgiu, somente, a partir do pós-guerra e em função das atrocidades cometidas durante o período nazista, completando: “se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, [...]”.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 120.

<sup>100</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. **Os Direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 2010, p. 210.

<sup>101</sup> PIOVESAN, Flávia. **Perspectivas para uma justiça global. 2010**. Disponível em: <<http://norbertobobbio.wordpress.com/2010/04/18/perspectivas-para-uma-justica-global/>>. Acesso em: 23 de mar. de 2014.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ser um marco de reconhecimento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no Brasil, há de se considerar, que na época de sua promulgação, o País já participava de atividades internacionais que defendiam tais temas, como exemplo, o Brasil tornou-se parte das Convenções de Haia de 1907, integrava os 50 países originários na Carta das Nações Unidas assinada em 1945 na Conferência de São Francisco e em 1948 aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros tratados, convenções e pactos internacionais. E, justamente, por participar destas atividades, conforme Suzana Vieira, houve uma pressão internacional para a redemocratização do Brasil, como assim esclarece: “[...] pressão exercida por organismos internacionais (governamentais ou não) durante os processos de redemocratização e constituinte, para que a Constituição de 88 garantisse o que hoje garante. [...]”<sup>102</sup>

### 2.2.1 Direitos humanos

Os direitos humanos se referem a direitos universais, aqueles que pertencem a todo o “ser humano”, independentemente da localização territorial em que se encontra. Ou seja, todos os países devem consagrar tais direitos, não importando sua situação econômica, social ou cultural. Conceito que remete a uma concepção universalista dos direitos humanos, sem serem consideradas suas concepções relativistas.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> VIEIRA, Suzana Camargo. A inserção do Brasil nos Sistemas Internacional e Regional de proteção aos Direitos Humanos. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 2., p. 484.

<sup>103</sup> LAMARE, Júlia de; Macedo, Larissa. **Universalidade e relativismo cultural dos direitos humanos**. “O relativismo cultural dos Direitos Humanos consiste no fato de que cada cultura, com suas crenças e princípios, valoriza e conceitua de forma distinta o que são os Direitos Humanos para a cultura X em relação à cultura Y; a dignidade humana por exemplo, pode ter um significado diferente para essas duas. É nesse contexto que se encaixa a dicotomia universalismo X relativismo cultural. Ocorre que o universalismo, apesar de propor bons e relevantes objetivos, acaba por desrespeitar os aspectos específicos de cada cultura, na medida em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos universaliza direitos e princípios impossíveis de terem conformidade; é confuso universalizá-los em um mundo tão diversificado. Um exemplo que se adéqua a esse quadro é a crítica dos orientais em relação à insistência dos ocidentais de pensarem nos seus valores como universais”. Disponível em: <[http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Universalidade\\_e\\_relativismo\\_cultural\\_dos\\_direitos\\_humanos](http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Universalidade_e_relativismo_cultural_dos_direitos_humanos)>. Acesso em: 23 de mar. de 2014.

São direitos que possuem características próprias, como a integralidade, a indivisibilidade e a interdependência, como explica Carla Ribeiro Volpini Silva ao relatar que a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) inovou ao atribuir aos direitos humanos tais características:

Apesar de a DUDH não ter força normativa, ela é um grande marco para os Direitos humanos, pois traz uma idéia inovadora ao atribuir aos Direitos humanos características de integralidade, indivisibilidade e interdependência. A DUDH traz as características que devem ser relatadas. A primeira delas é a universalidade, por alcançar todos os povos, raças, sexos e religiões, além de afirmar, veementemente, a dignidade inerente a qualquer pessoa humana, sendo titular de Direitos iguais e inalienáveis. A segunda é a indivisibilidade dos Direitos ali elencados. Isto ocorre porque a DUDH conjuga o rol de Direitos civis e políticos, com os Direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>104</sup>

E, ainda, a autora afirma que tais direitos possuem uma relação constante, criando a característica de inter-relação, ou seja, a interdependência. O que significa que os direitos humanos se relacionam, estando um, de certa forma, dependente do outro. Formando um grande bloco composto por direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e, pela característica de inter-relação, manifesta-se uma perspectiva conjunta de efetivação.

Como, também, Piovesan explica sobre as características dos direitos humanos expondo que os direitos consagrados pela Declaração de 1948 se inter-relacionam, formando uma indivisibilidade, pois, não havendo efetividade de um, tem-se os outros afetados, por exemplo, se não haver a efetividade dos Direitos econômicos, sociais e culturais, os outros, os Direitos civis e políticos, reduzem-se a meros formalismos. Para Piovesan, “todos os Direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes Direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si”.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> SILVA, Carla Ribeiro Volpini. O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos Direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos Direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 1., p. 77.

<sup>105</sup> PIOVISAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 25-26.

### 2.2.1.1 Classificação dos Direitos Humanos por geração (ou dimensão)

Pelos ensinamentos de Bonavides, os primeiros direitos que foram tutelados, direitos civis e políticos (considerados direitos de primeira geração<sup>106</sup>), são reflexos das revoluções americana e francesa. Já os segundos, direitos econômicos, sociais e culturais (considerados direitos de segunda geração), bem como os direitos coletivos ou de coletividades, foram introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, fruto das ideologias e reflexões anti-liberais do século XX.<sup>107</sup>

Por sua vez, Fábio Konder Comparato ressalta que “o reconhecimento dos Direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX”.<sup>108</sup> O autor salienta que os titulares dos direitos humanos eram representados por grupos sociais “esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”, o titular não seria aquele ser humano abstrato. Isso pelo fato dos socialistas perceberem que os grupos sociais citados, eram reflexos de um sistema capitalista de produção, onde os valores direcionados aos bens de capital eram bem superiores aos valores das pessoas, ou seja, superior aos valores dos próprios seres humanos.<sup>109</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, apoiando-se na doutrina de Celso Lafer, menciona os chamados direitos humanos de terceira dimensão (ou geração), que são denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade que, em princípio, são desvinculados da figura do homem-indivíduo e são aderidos ou destinados à proteção de grupos humanos e, o autor conclui: “caracterizando-se, conseqüentemente, como Direitos de titularidade coletiva ou difusa”.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> Observa-se que a utilização do termo *geração* não é unânime na doutrina, uma vez que há autores que utilizam a denominação *dimensão* e não *geração*.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 2010, p. 563-564.

<sup>108</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

<sup>109</sup> Idem.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

Em relação aos direitos de terceira geração Gomes Júnior diz que possuem como origem o mundo globalizado que se divide em “nações ricas e pobres, desenvolvidas e subdesenvolvidas. Há uma valorização de um lema difundido pela Revolução Francesa: **a fraternidade**”.<sup>111</sup> (Grifo do autor).

A quarta dimensão (ou geração) de direitos humanos é proposta por Bonavides, que corresponde ao direito à democracia (participativa), à informação e ao pluralismo. Segundo o autor, dos referidos direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.<sup>112</sup>

### 2.2.1.2 Apontamentos sobre a história evolutiva

Após as duas grandes guerras mundiais, em função das atrocidades cometidas contra os seres humanos, durante e após os períodos de guerra, a consagração dos direitos humanos foi um marco de conquista democrática.

Nesse sentido, Brêtas esclarece que embora a compreensão de direitos do ser humano seja tão antiga quanto a história da civilização, o século XX marca a doutrina de direitos humanos, principalmente, após o término da segunda guerra mundial (1945). Isto, conforme o autor, “pelas atrocidades e das barbaridades cometidas pelos regimes nazi-fascistas desmantelados à época, sob assombroso derramamento de sangue”.

Concluindo, Brêtas ressalta que nesse período a humanidade reivindicou tais direitos e a partir desta época surgiu a defesa mundial dos direitos humanos, sendo caracterizada como um fenômeno cultural. Assim, passaram a surgir tratados internacionais e Constituições democráticas.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos**: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2.

<sup>112</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 2010, p. 571.

<sup>113</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 69.

Com o fim da segunda guerra mundial, em 1945, através da Carta das Nações Unidas, foi constituída a Organização das Nações Unidas (ONU). E em 1948 foi adotada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro<sup>114</sup>, que dispõe sobre vários direitos humanos que devem ser respeitados pela sociedade internacional, ou seja, direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em Direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para os outros num espírito de fraternidade”.<sup>115</sup>

Segundo Norberto Bobbio, “a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”.<sup>116</sup>

Seguindo esse raciocínio, Flávia Piovesan afirma que a universalidade e a indivisibilidade fazem parte da concepção contemporânea de direitos humanos, sendo tais características introduzidas pela Declaração de 1948, explicando que “[...] ao consagrar Direitos civis e políticos e Direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. [...]”.<sup>117</sup>

Apesar de a Declaração dispor de tutelas que justificam a própria existência humana, não se refere a um instrumento normativo. Portanto, não obriga ou possui força vinculativa com os Estados membros da ONU. Assim, houve a necessidade de serem criados pactos entre os Estados membros.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 25 de mar. de 2014.

<sup>115</sup> ONU. DUDH – **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 14 set. 2013.

<sup>116</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 26.

<sup>117</sup> PIOVISAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 1998, p. 25.

<sup>118</sup> SILVA, Carla Ribeiro Volpini. **O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos Direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos Direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo.** 2010, p. 78.

Por consequência, em 1966 foram acordados dois tratados internacionais: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O primeiro se refere a direitos tutelados aos indivíduos e o segundo, refere-se às obrigações e atuações que devem ser efetivadas pelos Estados. Conclui-se que os direitos constantes no primeiro pacto (aos indivíduos) são autoaplicáveis e, no entanto, os direitos do segundo pacto (aos Estados) são programáticos, pois, suas execuções devem ser planejadas pelos Estados.<sup>119</sup>

### 2.2.1.3 A relação dos direitos humanos com os direitos fundamentais

Observa-se que pela ratificação dos países em relação aos direitos humanos especificados nos pactos internacionais, tais normas foram consagradas em seus direitos internos, o que ocasionou a interação entre direitos humanos e direitos fundamentais em várias constituições. Principalmente, nos países que se constituíram como Estados democráticos, após a segunda guerra mundial.

Em algumas conceituações doutrinárias, há uma espécie de junção entre os direitos humanos e direitos fundamentais, pelo menos do que diz respeito à terminologia, ou seja, alguns doutrinadores utilizam a expressão 'direitos humanos' e outros a expressão 'direitos fundamentais'.

Explicando, Carla Ribeiro Volpini Silva diz que “os direitos humanos e os direitos fundamentais, em alguns momentos, se referem sobre os mesmos direitos, pois estes são oriundos de institutos internacionais, mas consagrados nas constituições dos Estado”.<sup>120</sup>

Willis Santiago Guerra Filho salienta que, por uma análise histórica e empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Porém, o autor esclarecendo por um corte epistemológico, os direitos fundamentais podem ser distinguidos por manifestações positivas do direito que refletem e geram efeitos no âmbito jurídico, já os direitos humanos podem ser identificados em dimensões

---

<sup>119</sup> SILVA, Carla Ribeiro Volpini. **O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos Direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos Direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo**. 2010, p. 78-79.

<sup>120</sup> SILVA, Carla Ribeiro Volpini, **OACULT**: proposta de criação de uma organização internacional de proteção à cultura no âmbito do continente Americano. 2009, p. 26.

suprapositiva, ou seja, vão além das normas jurídicas especificadas no direito interno.<sup>121</sup>

Brêtas, acompanhando às lições doutrinárias de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, explica que os direitos fundamentais são caracterizados por constarem como preceitos da ordem jurídica concreta do país, tratando-se de direitos consagrados nas leis de cada Estado e vinculados à pessoa, ao indivíduo, havendo uma limitação de espaço no que diz respeito às suas garantias e é, justamente, tais características que diferenciam os direitos humanos dos direitos fundamentais, pois, por sua vez, os direitos humanos, que possuem a característica universalista, dizem respeito à pessoa humana (ser humano) e são inseridos em documentos de âmbito internacional. Mas, o autor ressalva que “essa distinção conceitual não significa que os Direitos humanos e os Direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação entre eles”.<sup>122</sup>

Ainda, Brêtas especifica que os direitos humanos, que são considerados essenciais ao ser humano, pois, são “inerentes à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança, ao valor e à natureza da própria condição humana, encarados na perspectiva espiritual, corpórea e social”<sup>123</sup>, despontaram com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 na França, e devem ser reconhecidos nos textos constitucionais, como direitos fundamentais “pelo Estado Democrático de Direito ao povo”<sup>124</sup>, de sorte a limitar o poder estatal”.<sup>125</sup>

Assim, pela doutrina pesquisada, os direitos fundamentais representam aqueles instituídos e consagrados nas constituições dos países.

---

<sup>121</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 12.

<sup>122</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 70.

<sup>123</sup> Ibid., p. 67.

<sup>124</sup> Conforme Brêtas, a expressão “povo” deve designar “a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de Direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político”, *ibid.*, p. 59.

<sup>125</sup> Ibid., p. 67.

### 2.2.2 Direitos fundamentais

Com o intuito de tornar mais efetiva a proteção dos direitos individuais e coletivos, cada vez mais vem se acentuando no Estado Democrático de Direito a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais.

Como ensina José Alfredo de Oliveira Baracho, “a recepção dos Direitos fundamentais, pelas constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes”.<sup>126</sup>

Pode-se observar que antes os direitos fundamentais valiam em função da lei, mas agora, a partir do Estado democrático, as leis valem em função da sua compatibilidade com os direitos fundamentais.<sup>127</sup>

O que justifica a extrema importância destes direitos na nova legitimidade e, esse entendimento, como salienta Bonavides: “já fora de certo modo entrevista em meados do século passado, quando Thoma, com acuidade, ponderou que os Direitos fundamentais não tinham eficácia em função da lei, mas que a lei tinha eficácia, sim, em função dos Direitos fundamentais”.<sup>128</sup>

Canotilho manifesta-se no sentido de que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: em um plano jurídico objetivo e em um plano jurídico subjetivo. No primeiro, são identificadas normas de competência negativa, limitando o Poder público, objetivando impedir ingerências na esfera jurídica individual. Pelo segundo plano, são identificadas normas de competência positiva que tutelam o exercício dos direitos fundamentais, consagrando a liberdade positiva e possibilitando o exigir dos poderes públicos no que diz respeito às suas omissões.<sup>129</sup>

Consoante doutrina de Jorge Miranda, entende-se por direitos fundamentais aqueles direitos e posições jurídicas subjetivas das pessoas, que assentem “na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, Direitos fundamentais em sentido formal e Direitos fundamentais em sentido material”.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 53.

<sup>127</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 2010, p. 51.

<sup>128</sup> Idem.

<sup>129</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 1999, p. 383.

<sup>130</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 8.

Os doutrinadores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins utilizam da definição de Georg Jellinek (1851 -1911) para conceituarem os direitos fundamentais:

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui, na definição do constitucionalista alemão Georg Jellinek (1851 -1911), um “direito público subjetivo”, isto é, um direito individual que vincula o Estado.<sup>131</sup>

Seguindo a definição de Georg Jellinek, os autores apresentam três categorias de direitos fundamentais: a) direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal; b) direitos de *status positivus* ou sociais ou a prestações; e c) direitos de *status activus* ou políticos ou de participação.<sup>132</sup>

Em breve síntese, os primeiros referem-se aos direitos que possibilitam a resistência às determinadas atuações estatais e garantem (ou protegem) a liberdade dos indivíduos; os segundos se referem à possibilidade dos indivíduos exigirem do Estado determinadas atuações, objetivando melhores condições de vida (direitos sociais<sup>133</sup>); e por fim, os terceiros se referem à possibilidade do indivíduo participar da política estatal, como, por exemplo, no sufrágio e no referendo<sup>134</sup>.

Porém, observa-se que a classificação defendida por Georg Jellinek mantém uma concepção individualista de direitos fundamentais, isto é, não contempla a titularidade coletiva de direitos fundamentais. Desta forma, Dimoulis e Martins, buscando uma adequação à definição de Jellinek apresentam duas categorias aos referidos direitos: a primeira compreende os direitos coletivos tradicionais de resistência que só podem ser exercidos por uma série de pessoas, como por exemplo, os direitos de reunião e associação (art. 5º, XVI e XVII, da CF) e o direito de criação de partidos políticos, ou seja, esses direitos compreendem a formação de grupos de pessoas. Já a segunda categoria compreende os direitos coletivos e difusos, por exemplo, o direito ao meio ambiente e o direito dos consumidores.<sup>135</sup>

<sup>131</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 54.

<sup>132</sup> Ibid., p. 54-58.

<sup>133</sup> Os autores explicam que: “O termo ‘Direitos sociais’ se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”. Ibid., p. 57.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Ibid., p. 60-61.

Mas, de qualquer forma, seja o direito fundamental individual ou coletivo, trata-se de um direito inerente a todo cidadão, enquanto inserido num Estado Democrático de Direito e, nas interpretações das leis deste Estado, a força expansiva dos direitos fundamentais deve determinar as conclusões hermenêuticas para a efetividade legal, como ressalta José Afonso Silva.<sup>136</sup>

Conforme Baracho, na concepção moderna da teoria geral dos direitos fundamentais, ocorre uma ampliação dos conteúdos e das possibilidades para a eficácia dos direitos fundamentais “através de mecanismos processuais, com base na teoria da Constituição e da Teoria geral do processo, com referências ao sentido político e jurídico da Constituição, através de concepções sobre supremacia e suprallegalidade constitucional”.<sup>137</sup>

Em relação às garantias dos direitos constitucionais, o autor diz que há uma diversidade de mecanismos que visam protegê-los, tratando-se “de proteção judicial, incumbida, portanto, à função jurisdicional ordinária e aos Tribunais e Cortes Constitucionais”. Tratando-se, pois, de proteções especiais e de medidas rápidas, como, por exemplo, no caso de *habeas corpus*.<sup>138</sup>

Brêtas acentua que a Constituição Federal de 1988 diferencia de forma tecnicamente correta os direitos fundamentais das garantias fundamentais, porém, alguns doutrinadores assim não procedem, passando a ideia errônea de que são institutos iguais.<sup>139</sup>

Assim, os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados na Constituição Federal e as garantias constitucionais, que constituem garantias processuais (devido processo constitucional) e que estão, também, estabelecidas na Constituição, são “formadoras de um essencial sistema de proteção dos Direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade”.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Nesse sentido, para o autor, a interpretação da normatividade deve ser realizada de forma mais favorável a sua efetividade, isso mesmo na colisão entre direitos, pois, um deles deverá ser aplicado, assim: “É a mesma concepção interpretativa que oferece a solução por meio da técnica da ponderação dos Direitos, para saber qual deve prevalecer no caso concreto”. SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 164.

<sup>137</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. 2006, p. 55.

<sup>138</sup> Ibid., p. 59.

<sup>139</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 71.

<sup>140</sup> Ibid., p. 72.

Especificamente sobre garantias fundamentais, Dimoulis e Martins explicam que são disposições constitucionais que buscam a proteção, a prevenção e a correção de violações de direitos, ou seja, não enunciam direitos, mas, fazem valer os direitos fundamentais.

Os autores supracitados sugerem uma divisão, classificando-as em garantias preventivas e garantias repressivas.

As primeiras, garantias preventivas, são conhecidas como garantias da Constituição e pertencem à categoria de princípios de organização e de fiscalização, são garantias que limitam o poder estatal e efetivam a separação de poderes. Já as segundas, garantias repressivas, são conhecidas como remédios constitucionais e visam impedir ou sanar violações de direitos, como *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular etc.<sup>141</sup>

Com referência à jurisdição, Brêtas salienta que se trata de “Direito fundamental de qualquer pessoa, por força de declaração normativa expressa no texto da Constituição”.<sup>142</sup>

Como também, em sua obra intitulada Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional, esclarece que: “[...] o povo tem não só o Direito fundamental à jurisdição, como também a que este serviço público essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável, mediante processo sem dilações indevidas [...]”.<sup>143</sup>

Baracho expõe que os elementos clássicos do direito de pedir são, justamente, o direito à jurisdição e o direito de ação, que representam o direito de reclamar a efetivação do direito, isso através de um processo judicial concretizador de direitos e garantias constitucionais (acesso à justiça e o devido processo legal), assim, sendo assegurada a própria função jurisdicional.<sup>144</sup>

Importante salientar que a Constituição não apenas consagra os direitos fundamentais, mas, também, os deveres fundamentais. E, de uma maneira geral, em todo direito fundamental há, conseqüentemente, um dever fundamental.

---

<sup>141</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2009, p. 69.

<sup>142</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 72.

<sup>143</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 217.

<sup>144</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. 2006, p. 46.

Por exemplo, conforme especificado por Dimoulis e Martins: “se uma pessoa tem o direito de ficar só em uma casa em um determinado contexto tutelado pela lei, isso só pode significar que todos os demais têm o dever geral de respeitar sua privacidade espacial”. E os autores concluem que “negar este dever geral significa, na substância, abolir os referidos direitos, admitindo uma contradição: A tem direito a X, mas B pode violá-lo”.<sup>145</sup>

Mas, os deveres fundamentais não se limitam aos deveres individuais, pois, nesse âmbito de deveres, existem os deveres fundamentais coletivos tradicionais, apesar de escassos na Constituição Federal de 1988, por exemplo, o dever de prestar o serviço militar (art. 143). Em contrapartida, os deveres fundamentais difusos são mais numerosos na CF/88, por exemplo, a preservação ambiental que é um dever da coletividade (art. 225).<sup>146</sup>

O reconhecimento dos deveres fundamentais é de suma importância para o equilíbrio da convivência social e a efetivação do princípio democrático. De maneira geral, significa que todo cidadão brasileiro possui direitos, mas, também, deveres, isso no contexto individual ou coletivo, portanto, não basta exigir direitos, cada cidadão deve ficar atento e cumprir com seus deveres constitucionais.

Outra questão relevante sobre os direitos fundamentais diz respeito a sua característica de “aplicabilidade imediata”, que em muitos momentos é citada nesta pesquisa dissertativa.

O art. 5º, §1º da CF/88 dispõe: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, todas as disposições constitucionais, independentemente do local em que são expostas na CF/88, que definirem direitos e garantias fundamentais, são vinculantes, ou seja, devem ser aplicadas imediatamente. Sendo que essa vinculação é obrigatória a todos, ressaltando que todos os órgãos estatais, seja no âmbito executivo, legislativo e judiciário, estão vinculados à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>145</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2009, p. 65.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 65-67.

Nesse sentido, Dimoulis e Martins salientam que, em primeiro momento, os direitos fundamentais vinculam todas as funções (órgãos ou autoridades) do Estado, não podendo, inclusive, a função legislativa “restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes”.<sup>147</sup>

Mas, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais pode ficar comprometida pela abstração da norma constitucional, tanto que em muitos casos cabe ao legislador ordinário buscar a concretização das referidas normas.

Essa situação pode significar um risco aos direitos fundamentais, pois, o constituinte, em muitos casos, ofereceu ao legislador comum um amplo poder de definição.

Dimoulis e Martins alertam para a problemática de que qualquer efetivação de um direito pode levar a sua limitação e exemplificam: “o legislador define quais bens não podem ser objeto de propriedade particular [...], faz algo necessário, pois dá concretude ao direito constitucional [...]. Mas, ao mesmo tempo, estabelece limitações em seu objeto e formas de exercício”.<sup>148</sup>

A justificação da operacionalização não pode resultar em detrimento da própria finalidade da norma constitucional, chegando ao ponto do regramento criado ser inconstitucional, pois, como relatam Dimoulis e Martins, seria um caso de *intervenção e não concretização*.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2009, p. 90.

<sup>148</sup> Ibid., p. 139.

<sup>149</sup> Ibid., loc. cit.

## 2.3 Função Jurisdicional no Estado democrático

Antes de se adentrar aos apontamentos sobre a função jurisdicional e sua importância no Estado democrático, bem como, na concretização dos direitos fundamentais, salutar uma análise introdutória na conceituação de jurisdição que irá enriquecer o estudo proposto.

### 2.3.1 Análise conceitual da jurisdição

Em uma clássica conceituação, a jurisdição é caracterizada pelo poder-dever do Estado de dizer o direito. Provocando-se a jurisdição, que se retira de sua condição de inércia, busca-se a solução de conflitos de interesses através de um processo judicial, que é estruturado pelo devido processo legal até a obtenção de uma sentença definitiva que põe fim a controvérsia.

Ada Pellegrini Grinover ensina que jurisdição é uma das funções do Estado que visa pacificar o conflito através da justiça e que “o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”.<sup>150</sup>

No que diz respeito aos aspectos históricos, Leal relata que a jurisdição “é a estratificação histórica da figura da arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado.”<sup>151</sup>

A arbitragem é exposta pelo autor, como uma situação “onde a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros é que marcavam e vincavam o acerto e a sabedoria de suas decisões”.<sup>152</sup> Portanto, para Leal a arbitragem representa jurisdição sem processo, pois, a sentença é uma “síntese do sentimento do juiz sobre a questão sub iudice”.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>151</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 22.

<sup>152</sup> Ibid., p. 23.

<sup>153</sup> Idem.

Na atualidade, observa-se uma conceituação bem diferente da jurisdição, bem como, do processo. Conforme Leal, pelo estágio atual da ciência processual, a jurisdição não tem valia sem o processo. Pois, pelas modernas concepções, o processo constitucionalizado é um garantidor dos direitos fundamentais, como também, é um “mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz), que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu suposto saber decisório”.<sup>154</sup>

Em suma, o autor afirma que, ao invés do processo ser um instrumento da jurisdição, é, pelas concepções constitucionalistas do processo, um disciplinador da jurisdição. Ou seja, pelas normas de proceder, estabelecidas pelo direito processual, têm-se os procedimentos pertinentes ao instituto da jurisdição. E, ainda, pode-se observar que o poder-dever do Estado de dizer o direito não é exercido por critérios subjetivos do julgador, mas sim, por critérios determinados pela lei.

Nesse sentido, Gonçalves esclarece que “o Direito Processual, como ramo autônomo do conhecimento jurídico, desenvolve sua investigação sobre a norma que ordena e disciplina a jurisdição, a norma que regula o exercício do Poder Jurisdicional [...]”.<sup>155</sup>

Para Brêtas “no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou direito privado, porque positivado ou exposto no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXV)”.<sup>156</sup>

Conclui-se que a jurisdição é um direito fundamental garantido pelo próprio processo constitucional. Brêtas ensina que “os textos constitucionais da atualidade incluem no rol dos direitos fundamentais do ser humano o direito à jurisdição ou, melhor dizendo, o direito de se postular do Estado a tutela jurisdicional [...]”.<sup>157</sup>

Assim, ressalta-se, por esta breve análise conceitual de jurisdição, a importância da função jurisdicional na concretização de direitos fundamentais individuais ou coletivos.

---

<sup>154</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 2011, p. 25.

<sup>155</sup> GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 46.

<sup>156</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 74-75.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 71.

### 2.3.2 Função Jurisdicional e a concretização dos direitos fundamentais

O Brasil superou o seu período ditatorial através da promulgação da Constituição Federal de 1988, como vários outros países superaram tal período da mesma forma.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior diz que Espanha e Portugal são bons exemplos de serem citados, pois, superaram este período através da promulgação de novas constituições, para o autor, no caso brasileiro, “esta nova constituição representou a superação das idiossincrasias institucionais mais recentes, mas, também, o desejo de superação de problemas mais antigos, em especial o permanente desafio de construção da nacionalidade, [...]”.<sup>158</sup>

O atual momento histórico brasileiro representa o processo de consolidação democrática, no qual a sociedade tenta efetivar os direitos adquiridos na Constituição de forma substantiva, realmente exercendo a cidadania.

A função jurisdicional adquire uma concepção política de proteção ao ideal democrático e na concretização de direitos fundamentais. Portanto, o que se propõe é uma nova forma de interpretar a função jurisdicional e o próprio conceito de democracia.

Como analisado em capítulo anterior, pode-se concluir que apontam-se características básicas do Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, manifestada por meio de representantes políticos, a sociedade política baseada numa Constituição escrita, a limitação do poder governamental, o total reconhecimento dos direitos fundamentais e a observância direta ao Princípio da Legalidade, que se sobrepõe à própria vontade governamental.

As referidas características lembram a formação do Estado de Direito, mais especificamente, a preocupação com a limitação do poder do Estado, porém, sem o princípio da democracia, ou seja, sem a participação efetiva do povo brasileiro.

Observa-se que o Estado não é ente isolado no quadro social: ele age e interage mediante a atuação social, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>158</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Dimensões paradoxais da jurisdição constitucional. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 153-154.

São vários os exemplos desta atuação compartilhada, como: Direito às informações (art. 5º, XXXIII, CF/88), Direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, CF/88), Direito à publicidade, *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF/88), ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88), mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX, CF/88) e coletivo (art. 5º, LXX, CF/88), *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF/88), iniciativa popular (art. 61, § 2º), mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88), controle judicial (art. 5º, XXXV, CF/88), controle da constitucionalidade das leis (art. 103, CF/88).

Infere-se, portanto, que esta percepção do conteúdo do Estado Democrático de Direito demanda, não apenas por parte dos poderes executivo e legislativo, que deverão ter a preocupação com a produção legítima dos seus atos, mas do próprio judiciário, bem como, da sociedade política brasileira.

A Constituição Federal, como norma máxima do ordenamento jurídico, situa-se no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todas as normas definidoras de direitos, deveres e garantias, conferindo fundamento de validade e legitimidade às leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica. Ressalta-se a importância da Constituição, não somente sob o aspecto de Lei fundamental de todo o ordenamento jurídico, mas sob o aspecto substancial, inclusive de seu papel na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Conforme Augusto Zimmermann, ao inserir a expressão Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, “o constituinte se orientou por uma visão menos individualista de Estado, provocando maior participação dos componentes individuais, em uma perspectiva ascendente de baixo para cima”.<sup>159</sup>

Vários mecanismos processuais são instituídos no sentido de garantir seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende da atuação do Judiciário.

Conforme ensinamentos de Baracho, a proteção dos direitos fundamentais é concretizada em sede jurisdicional. Há um sistema de proteção de direitos fundamentais, tratando-se de um bloco garantista que é composto por uma série de mecanismos, procedimentos ou instrumentos, mas, “certos instrumentos ou previsões constitucionais não estão vinculados a uma vulneração real e concreta de

---

<sup>159</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 109.

um Direito fundamental, mas são condições e requisitos, de caráter geral, para atuação dos poderes públicos ou que limitam sua atuação”.<sup>160</sup>

Os direitos e garantias vinculam o legislativo, o executivo e o judiciário, e a própria jurisdição, como direitos diretamente aplicáveis. Sendo nesse sentido, que a jurisdição, em suas distintas instâncias, em razão das normas constitucionais, está obrigada à imediata aplicação dos direitos fundamentais.<sup>161</sup>

O que se pode concluir é que estes são os novos desafios da função jurisdicional, ou seja, perceber a relação entre Estado e sociedade a partir da perspectiva de um conceito de cidadania que ultrapasse o conceito clássico de exercício dos direitos políticos. Assim, ocorrendo uma flexibilização do dogma da separação dos poderes, pois, a atividade jurisdicional não representa, apenas, o mecanismo de defesa do cidadão contra o uso arbitrário do poder por parte do Estado, mas também, o exercício de uma atuação prospectiva baseada em uma interpretação constitucional de conteúdo, em que se visualiza, sempre, a democracia como democracia dos povos.

Leal se refere à sobrecarga da função jurisdicional, enfatizando que deve haver o comprometimento irrestrito com a liberdade política de participação na equação do número de demandas e na efetivação dos direitos:

O Estado que se tem que estudar, aperfeiçoar e implantar é o da pós-modernidade: é o Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde, por norma indubitosa, o Estado brasileiro há de se ater à principiologia constitucional da democracia (incisos I a V e parágrafo único do art. 1º), com o necessário e legal rompimento com a teoria do Estado mínimo dos neoliberais e comprometimento irrestrito com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e respostas surgidas na problemática do povo. Quando um povo faz a opção constitucional pelo modelo do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a sobrecarga que possa ocorrer pela ‘desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema positivo’ há de ser resolvida pelo devido processo constitucional aberto a todos ao exercício irrestrito do Direito de ação coextenso ao procedimento processualizado sobre temas fundamentais da Comunidade Política (autoinclusão nos Direitos fundamentais, controles da dívida interna e externa, privatização, externalização da riqueza coletiva, aprovação de créditos especiais, emissão de moeda, plano econômico e social, prioridade de investimentos).<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. 2006, p. 53-54.

<sup>161</sup> Idem.

<sup>162</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 2011, p. 29.

Apesar da importância da atuação da função jurisdicional, o Estado depende da eficiência e da eficácia de todas as suas funções, ou seja, legislativa, executiva e judiciária, isto para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil dispostos na Constituição Federal em seu art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>163</sup>

Os três poderes, conforme Grinover, apesar de independentes, devem desenvolver suas atividades de forma harmônica, para que sejam alcançados os objetivos fundamentais do Estado.<sup>164</sup>

Porém, necessário salientar que, apesar da independência e da harmonia entre as funções estatais, cabe ao poder judiciário, em caso de violação de direitos fundamentais por parte do poder legislativo ou do Poder executivo, intervir.

Nesse sentido, Dimoulis e Martins se manifestam: “se o legislador for omissos em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação”.<sup>165</sup>

Pela lição de Guerra Filho, faz parte da concepção de Estado democrático, o papel de um judiciário atuante e não subalterno aos outros poderes, concluindo que “o juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *‘la bouche de la loi’*, mas sim *‘la bouche du droit’*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito”.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 15 de out. de 2013.

<sup>164</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 1., p. 4.

<sup>165</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2009, p. 90.

<sup>166</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 89.

Concluindo, quando se tratar de defesa de direitos fundamentais individuais ou coletivos, cabe à função jurisdicional a necessária intervenção em conformidade com as normas e os objetivos estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Tratando-se, acima de tudo, de uma defesa do próprio direito brasileiro. E nesse contexto e retornando ao conceito clássico de jurisdição, o Estado, representado por sua função jurisdicional, tem o poder-dever de dizer o direito. A função jurisdicional assume seu papel originário na defesa dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Por breve síntese dos temas desenvolvidos até este momento da pesquisa, no primeiro capítulo, além da importância do direito coletivo e do processo coletivo, constatou-se que a legislação coletiva brasileira é disposta de maneira fragmentada. No segundo capítulo constatou-se que a Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito e consagrou direitos e garantias fundamentais que são diretrizes obrigatórias ao ordenamento jurídico brasileiro. E por estas formulações e constatações legais e conceituais, parte-se para a construção do repensar do processo coletivo, iniciando com a conceituação da nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada: direito individual e direito coletivo.

### CAPÍTULO III. A NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA

Com a consagração constitucional do Estado Democrático de Direito, muitos dogmas e paradigmas considerados como clássicos pelos estudiosos do direito não mais se adaptam à sociedade contemporânea brasileira.

E somente a partir de concepções democráticas que se direcionam por interpretações construtivistas e transformadoras da realidade social, é que se pode entender a necessária concretização de direito fundamental coletivo e processo coletivo constitucionalizado, pois, como acentua Almeida, a tutela dos interesses transindividuais está inserida, verdadeiramente, dentro do Estado Democrático de Direito e o direito processual coletivo é o instrumento de transformação social da realidade social que deve estar à disposição da ordem jurídico-constitucional democrática.<sup>167</sup>

Repensar o processo coletivo a partir da nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direitos individuais e coletivos é questão primordial para a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Antes das conceituações da nova *summa divisio* constitucionalizada (objetivando o repensar do processo coletivo), serão apresentados alguns apontamentos sobre a *summa divisio* clássica, isto é, a divisão clássica do direito em direito público e direito privado, como os dois grandes blocos de espécies de direito. Sendo a referida divisão reconhecida antes da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 e que, ainda, é incluída em muitos textos doutrinários, em teores jurisprudenciais, bem como, faz parte do conteúdo programático das universidades brasileiras que objetivam a formação acadêmica dos bacharelados nos cursos de direito. Situações que, sem dúvida, ocasionam um atraso na concretude democrática do Estado brasileiro.

---

<sup>167</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). 2003, p. 58.

### 3.1 *Summa Divisio* clássica

A *summa divisio* clássica direito público e direito privado possui origem na civilização romana antiga. Para os romanos o direito público tratava dos interesses do Estado e o direito privado das relações entre as pessoas<sup>168</sup>.

Pela referida classificação (*ius publicum e ius privatum*) e pelo critério da teoria dos interesses<sup>169</sup> (derivada da distinção romana), a norma de direito público tem por finalidade a tutela do interesse público e a do direito privado, dos interesses particulares.

Esclarecendo, Joaquim Carlos Salgado diz que, no Estado Romano, o direito privado era representado pela pessoa, mais precisamente, pelas propriedades que a pessoa dispunha: “o mundo do direito é assim um mundo contraditório entre o uno e a multiplicidade, entre a igualdade dos particulares no plano do direito privado e a sua desigualdade no plano do direito público ou político”.<sup>170</sup>

<sup>168</sup> Base do conceito histórico apresentado: Digesto Romano, Livro I, Título I, Lei I, § 2º: “*publicum jus est quod ad statum romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem.*” (Direito público é o que corresponde às coisas do Estado, direito privado é o que pertence à utilidade das pessoas). ALMEIDA, Gregório Assagra de. 2008, p. 384 e 385. Nesse sentido, Alexandre Correa e Gaetano Sciascia: “IUS PUBLICUM e IUS PRIVATUM. O jurista Ulpiano e o Imperador Justiniano ensinam: - Dois são os aspectos do estudo do direito: o público e o privado. O direito público versa sobre o modo de ser do Estado romano; o privado sobre o interesse dos particulares. Com efeito, algumas coisas são úteis publicamente, outras privatamente”. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 5. ed. Série Cadernos Didáticos. S/ ano, p. 20.

<sup>169</sup> Luiz Fernando Coelho analisa criticamente a teoria do interesse: “A primeira (teoria do interesse) é derivada da distinção romana. Seu fundamento é a contraposição real entre o interesse geral, identificado com o do Estado, e o particular, considerados, necessariamente opostos entre si, reflexo da oposição entre o indivíduo e a coletividade. [...] Ora, saber, em determinada relação jurídica, se está em jogo o interesse coletivo ou se é o individual que deve ser tutelado depende muito mais do intérprete, do ponto de vista pessoal, do que do conteúdo das normas e relações jurídicas. Acresce que hoje em dia já não se identifica o interesse da sociedade com o do Estado, pois ocorrem interesses coletivos e difusos que muitas vezes são e devem ser exercidos contra o interesse do Estado, ao menos de seus representantes. [...] Savigny e Sthal identificaram, no critério teleológico, a prevalência das finalidades das regras de direito. O direito público tem como fim o Estado e, no privado, o Estado é apenas um meio para atingir o seu fim, os indivíduos; estes, em relação ao direito público, são considerados, secundariamente, como membros da organização social, ao contrário do privado, que os considera individualmente.[...] [...] alguns autores têm procurado estabelecer como critério distintivo o tipo de conduta normativamente conceptualizada. [...] Ora, em termos extremados, a existência interpessoal é o reino do direito privado, que objetiva a relação de interdependência dos sujeitos; a existência transpessoal é o reino do direito público, com o fito de integrar o indivíduo na sociedade”. COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 90-91.

<sup>170</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 184.

Como, também, Miguel Reale ensina sobre a clássica divisão, dispondo que, pela história da ciência do direito, a referida divisão foi idealizada pelos romanos, ou seja, direito público e direito privado, e o critério seguido era a utilidade pública ou particular da relação: “[...] o primeiro diria respeito às coisas do Estado (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*), enquanto que o segundo seria pertinente ao interesse de cada um (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*)”.<sup>171</sup>

Irineu de Souza Oliveira explica que a primeira classificação foi feita por Ulpiano (jurisconsulto) que separou o direito em dois grandes ramos (direito público e direito privado), diferenciando-os pelo critério finalístico ou teleológico, ou seja, pelos fins extrínsecos ou intrínsecos das normas. O autor salienta que a definição dicotômica foi idealizada por Heráclito e Prócuro que pertenciam a uma corrente filosófica grega que defendia que os pares opostos explicavam qualquer questão: “[...] se percebemos o frio, podemos conhecer o calor; se temos idéia do que é o mal, saberemos avaliar o bem; se obtivermos a noção do justo, poderemos identificar a justiça; e assim sucessivamente”.<sup>172</sup>

Assim, por tais definições, a divisão em direito público e direito privado (isto é, partes contrárias), possibilita uma compreensão mais fácil do direito como um todo.

Por essa concepção de melhor compreensão do direito, na atualidade, alguns estudiosos defendem que as classificações de direito público e direito privado são necessárias, pois, viabilizam os fins didáticos, facilitando o aprendizado acadêmico, porém, como alerta Almeida: “este tipo de abordagem em relação ao tema é consequência de um paradigma como fundamentação, no mínimo, ingênua”.<sup>173</sup>

O autor se expressa dessa forma, pelo fato da referida classificação dicotômica ocultar uma problemática bem mais significativa, que é o próprio entendimento do direito e a efetivação de um sistema jurídico democrático.

A *summa divisio* clássica impõe uma visão distorcida aos estudos da ciência do direito, principalmente, ao impor uma condição de desigualdade entre o poder público e os particulares, colocando o Estado e a sociedade como opostos e criando, por consequência, desequilíbrio nas relações jurídicas.

---

<sup>171</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 339.

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas-RS: ULBRA, 1998, p. 14.

<sup>173</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. 2008, p. 7.

Pela divisão clássica, não há lugar para o direito coletivo, ressalta Almeida: “pergunta-se onde ficaria o Direito Coletivo dentro do contexto clássico da *summa divisio*. Essa divisão é própria de um Estado de espírito autoritário, incompatível com as conquistas e as transformações implantadas no Brasil com a Magna Carta Constitucional de 1988”.<sup>174</sup>

Conforme Almeida, “muitas categorias constitucionais, inclusive fundamentais, ficam sem espaço de enquadramento metodológico nos quadrantes da divisão clássica [...]”.<sup>175</sup>

E, ainda, pode-se observar que a divisão clássica fortalece a exclusão social, bem como, as injustiças sociais, possibilitando o aumento dos índices de pobreza e o favorecimento da concentração de renda.<sup>176</sup>

Almeida apresenta criticamente os seguintes critérios teóricos sobre a *summa divisio* clássica:

[...] a *summa divisio* encontra fundamentação nos interesses em jogo, ou seja, se o interesse for público, o direito é público, e no lado oposto, se prevalecer o interesse privado, tratar-se-á de direito privado; (b) quanto à natureza jurídica das relações estabelecidas pelos sujeitos, será público se houver uma relação de autoridade (Estado) e de subordinação (cidadão) e, ao contrário, a natureza jurídica será de direito privado, se as relações forem horizontais; (c) a análise, segundo o critério subjetivo, levará em conta o fato de que o direito público é o que atua quando nas relações jurídicas está o Estado e no direito privado, quando nas relações não está presente o Estado; (d) quanto ao modo de proteção das normas de direito público e de direito privado deve-se considerar que no primeiro cabe ao Estado a função de garantir a reintegração da norma se seu interesse for violada e no segundo cabe ao indivíduo a atualização e defesa de seus interesses, se violados.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada.** 2008, p. 6.

<sup>175</sup> Ibid., p. 432.

<sup>176</sup> Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida apresenta alguns dados estatísticos: “nota-se, por intermédio de simples consulta a dados estatísticos fornecidos por órgãos oficiais do País, que os índices de pobreza e de exclusão social não têm diminuído significativamente. Entretanto, por outro lado, o índice de concentração de renda cresceu no último século, o que tem agravado a situação de pobreza e de exclusão social no Brasil. Dados da PNAD/IBGE revelam que, em 2001, os 10% mais ricos da população respondiam por cerca de ¾ de toda a riqueza nacional. Esse percentual é superior ao constatado em séculos passados”. Ibid., p. 7.

<sup>177</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 389.

Os critérios teóricos da *summa divisio* clássica são falhos, principalmente, por obstaculizarem a ampla tutela jurídica, isto é, restringindo-a, e, por consequência, separando o Estado da sociedade, situações que não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, bem como, incompatíveis com a teoria dos direitos fundamentais que visa à concepção transformadora da realidade social, consagrada pela Constituição Federal de 1988.

Almeida expõe que, pelos critérios apresentados, não há proteção e efetivação de direitos: “atualmente, o plano da efetivação dos direitos é o campo mais farto e próprio para uma ciência jurídica, direcionada para a construção de uma dogmática crítica e transformadora”.<sup>178</sup>

Eros Grau, também, apresenta sua distinção entre direito público e direito privado, contribuindo com o entendimento da equivocada dicotomia:

Público, hoje, conota o espaço público, no qual atua não exclusivamente o Estado. Apesar disso, o Direito público é visualizado ainda apenas como o Direito do Estado, em oposição ao Direito privado, que seria o Direito da sociedade, visão herdada de uma concepção equivocada, que separa Estado e sociedade. O Estado, não obstante, está dentro da sociedade. Além do mais, é certo que todos os movimentos de transformação do Direito decorrem de alterações gestadas no seio da sociedade – isto é, no Direito pressuposto. Nele, as aspirações, da sociedade, de conformação inclusive do que denominamos Direito público.<sup>179</sup>

Pode-se afirmar que a divisão clássica direito público e direito privado representa um grande obstáculo na efetivação dos direitos e garantias constitucionais estudados no capítulo anterior. Pois, pela divisão tradicional não há abertura para concepções construtivistas e participativas. Ao contrário, tem-se um sistema fechado, de sujeição e autoritarismo, isto é, o Estado se sobrepondo ao cidadão e a sociedade e, conseqüentemente, há um afastamento entre o Estado e a sociedade.

Essa consequência de sujeição, não se coaduna com os preceitos da Constituição Federal Brasileira e do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>178</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. 2007, p. 389.

<sup>179</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 45.

Por estas constatações, percebe-se que qualquer lei coletiva nova que surja com essa concepção antidemocrática, não poderá ter efetividade no Estado brasileiro. Isso significa que não adiantará novas leis sem o reconhecimento (efetivo) da nova *summa divisio* constitucionalizada direito individual e direito coletivo.

Como, também, todas as leis existentes que asseguram direitos coletivos devem ser interpretadas em consonância com a nova *summa divisio* constitucionalizada direito individual e direito público, pois, a *summa divisio* tradicional direito público e direito privado não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, porque, como analisado, sua própria conceituação originária é contrária aos preceitos e normas democráticas que devem prevalecer na atual sociedade contemporânea.

### **3.2 Nova *Summa Divisio* constitucionalizada**

As atuais sociedades se apresentam hipercomplexas e influenciadas por diversos fenômenos, como a globalização, a mundialização, o multiculturalismo, entre outros. As sociedades contemporâneas vivem em constantes mutações. E, conseqüentemente, o indivíduo vive em permanente transformação de valores, concepções e necessidades.

A ciência do direito possui em sua essência a função de transformar a realidade social, porém, para efetivar tal incumbência e diante da atual sociedade, impõe-se à ciência do direito, reavaliações criteriosas de seus próprios paradigmas e dogmas, pois, somente dessa forma, o direito conseguirá atender as necessidades sociais e individuais.

São vários estudos que buscam compreender as transformações sociais contemporâneas, mas o que é totalmente perceptível é que as teorias e os paradigmas clássicos não são mais suficientes para explicar as atuais sociedades complexas.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Cf. Imar Domingos Queiroz: "Para Melucci as sociedades complexas se caracterizam pela presença de três elementos fundamentais: diferenciación, variabilidad de los sistemas e exceso cultural. A diferenciação se expressa através dos múltiplos códigos e símbolos existentes nas diferentes esferas da vida cotidiana e pela necessidade de se dominar os diferentes códigos para circular entre as várias esferas. A variabilidade dos sistemas está relacionada à velocidade e a freqüência das mudanças. "Um sistema é complexo porque muda freqüentemente e se transforma velozmente" (p. 85). O excedente cultural refere-se ao conhecimento e às informações colocadas à disposição dos atores. "Um sistema é complexo porque põe uma quantidade de possibilidades a disposição dos atores, um potencial de ações possíveis, que é sempre mais

Ao ser verificada a concepção da *summa divisio* clássica, evidencia-se que tais concepções são inaplicáveis nos dias atuais. A realidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas possui suas prioridades alteradas, as necessidades sociais não são mais representadas pelo suposto direito privado, que não representa mais as vontades individuais e, ainda, não há mais que se falar em direito público como uma obrigatória subordinação do cidadão ou da sociedade em relação ao Estado (o afastamento entre Estado e sociedade), portanto, as concepções, que foram construídas em torno do direito público e o direito privado, são ultrapassadas e evidenciam a não concretização do próprio direito.

Essas observações iniciais demonstram que, apesar da compreensão da ação do Estado baseada na *summa divisio* clássica, as atuais necessidades sociais impõem o rompimento com modelos autoritários que não satisfazem mais os anseios sociais.

Assim, o que se tem é a necessidade de superação de modelos clássicos como demonstra Maria Celina B. Moraes:

Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade – liberdade – se transforma em distinção meramente 'quantitativa': há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos. Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e

---

amplo que a capacidade efetiva de ação de tais sujeitos" (p. 86). Esses processos estabelecem uma permanente condição de incerteza, pois cada vez que passamos de um âmbito a outro, temos que assumir novas regras, novas linguagens e novos códigos. Requer atores autônomos com capacidade para produzir, decifrar e transmitir autonomamente os códigos e símbolos. A informação é uma das condições fundamentais para a sobrevivência e o desenvolvimento das sociedades complexas. É vital para os atores que desejam interferir na lógica de funcionamento de tais sociedades e transformar suas relações de poder, o que exige dos sujeitos capacidade de processar, produzir e difundir informação. Nas sociedades complexas a ação dos movimentos sociais se diferencia do modelo de organização política e assume uma independência crescente em relação ao sistema político, se entrelaça estreitamente com a vida cotidiana e com a experiência individual". QUEIROZ, Imar Domingos. **As ações coletivas na sociedade contemporânea**. Resenha de MELUCCI, Alberto. Acción Colectiva, Vida Cotidiana y Democracia. México. El Colégio de México, Centro de Estudios Sociológicos, México, 1999. 260 p. Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC Vol. 1 nº 1 (1), agosto-dezembro/2003. Disponível em: <[www.emtese.ufsc.br](http://www.emtese.ufsc.br)>. Acesso em: 06 abr. de 2014.

solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.<sup>181</sup>

Na atual sociedade contemporânea a tutela coletiva se mostra em evidência e, portanto, os mecanismos que levam a efetivação de direitos coletivos devem ser avaliados a partir da visão constitucional.

E mesmo com a suposta carência legislativa, no que diz respeito aos procedimentos específicos dos processos coletivos e às adequações feitas por concepções individualistas, o Estado brasileiro possui uma Constituição Federal que valorou os direitos coletivos como fundamentais, bem como, a legislação infraconstitucional brasileira, de maneira pioneira, regulamentou direitos e garantias coletivas. E deve ser a partir do que existe que a interpretação construtivista, transformadora, coletiva e constitucional deve ser pautada.

A partir da visão constitucional, pode-se buscar a concretização dos direitos fundamentais coletivos pelas próprias garantias constitucionais.

A Constituição Federal brasileira de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor no Capítulo I do Título II, sobre Os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Os fundamentos constitucionais são apresentados e defendidos por Gregório Assagra de Almeida que assim dispõe:

Afirmou-se, por diversas vezes no transcorrer desta obra, que a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada relativizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre Os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.<sup>182</sup>

Pela conceituação do autor: “o que é denominado ‘Direito Público’ está inserido, com algumas exceções, dentro do Direito Coletivo como um de seus capítulos. A designação ‘Direito Privado’ se insere no Direito Individual também como um dos seus capítulos”.<sup>183</sup>

<sup>181</sup> MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade. São Paulo, v. 1, p. 4, jul./set. 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ. Disponível em: <[www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf](http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf)>. Acesso em: 19 de nov. de 2013, p. 6.

<sup>182</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 380.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 430.

E, ainda, Almeida explica que, pela Constituição Federal de 1988, direito coletivo é gênero e direito difuso é espécie e, por sua vez, a tutela jurídica do patrimônio público é espécie de direito difuso. E, portanto, “[...] não há como sustentar a existência de um Direito Público fora ou paralelamente ao Direito Coletivo. O objeto material é que identifica e insere o Direito no âmbito do sistema jurídico”.<sup>184</sup>

Outros fundamentos constitucionais que amparam a tese do autor<sup>185</sup> são apresentados, a seguir, de forma sucinta:

- a) art. 5º, LXXIII do Capítulo I do Título II da CF/88. A ação popular (espécie do gênero “ação coletiva”) é expressamente prevista, tratando-se, portanto, de uma garantia constitucional fundamental, ou seja, Direito Coletivo fundamental;
- b) art. 129, *caput*, III da CF/88. São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A tutela do patrimônio público é disposta como espécie de interesse coletivo, portanto, espécie do gênero Direito Coletivo;
- c) art. 1º da CF/88. É instituído o Estado Democrático de Direito que determina que não se separam os direitos do Estado e os direitos coletivos e individuais (em uma visão mais teórica). O dualismo clássico (Direito Público e Direito Privado) não se adequa com o atual modelo de Estado;
- d) é imprescindível a aferição do Direito no plano da titularidade e da forma de sua proteção e efetivação material, não sendo suficiente, para a identificação do direito, apenas, à análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou da sua utilidade.

---

<sup>184</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 612.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 381.

Mas, pelas palavras exatas do autor:

Há, dentre outros, quatro grandes fundamentos que negam a *summa divisio clássica*. *Primeiro* por ela, partir de uma visão autoritária, impor privilégios ao poder público, contrariamente aos Direitos e interesses individuais e coletivos. *Segundo* porque a *summa divisio* clássica pressupõe, pelo menos em tese, a separação entre o Estado e a Sociedade, dualismo esse incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito, pois todo poder emana do povo e em seu nome deverá ser exercido (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Na verdade, o Estado Democrático de Direito é a dimensão organizacional da própria sociedade. *Terceiro* porque, em uma concepção crítica, de dimensão transformadora, e na concepção do novo constitucionalismo, não basta o reconhecimento do Direito; torna-se fundamental também a sua proteção e efetivação concreta. Portanto, são imprescindíveis a compreensão e o enquadramento metodológico do Direito no plano de sua proteção e de sua efetivação, não sendo suficiente a natureza jurídica ou a qualidade de parte como parâmetros de enquadramento metodológico. *Quarto* porque, no caso precisamente do Brasil, a Constituição Federal consagrou expressamente uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada: *Direito Coletivo* e *Direito Individual*, inserindo-a no plano da teoria dos Direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, e, por isso, impõe as verdadeiras diretrizes para enquadramento metodológico dos modelos explicativos do sistema jurídico.<sup>186</sup>

Nota-se que as normas jurídicas constitucionais podem ser classificadas em dois tipos: as que tutelam direitos individuais e as que tutelam direitos coletivos. E, ainda, como expõe Almeida, é perfeitamente adequada à nova *summa divisio*, a divisão das normas constitucionais em materiais e processuais, pois, “as normas processuais constitucionais são instrumentos de proteção e efetivação de Direito Individual ou de Direito Coletivo”.<sup>187</sup>

O autor destaca que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990) estabelece em seu art. 81, *caput*, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores tanto individualmente como coletivos, portanto, perfeitamente ajustado com a nova *summa divisio* constitucionalizada relativizada.<sup>188</sup>

<sup>186</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 1, p. 169.

<sup>187</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 382.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 383.

A *summa divisio* é relativizada pelo fato de estar no topo o Direito Constitucional que é, justamente, o ponto de união entre o direito coletivo e o direito individual. Ou seja, a Lei Fundamental “é composta por normas do Direito Coletivo e normas do Direito Individual, compondo-se também de normas gerais que têm incidência nos dois grandes blocos do Direito brasileiro”.<sup>189</sup>

Um novo método interpretativo constitucional é apresentado, impondo reanálises em vários institutos jurídicos, como expõe:

A revisitação dos compromissos do Estado e dos seus administradores, com políticas públicas efetivas socialmente, não pode se submeter à discricionariedade do administrador ou, até mesmo, à exigência de previsão orçamentária, manipulável muitas vezes sem as observâncias das diretrizes constitucionais. [...] Verdadeiros privilégios do Poder Público, legalmente estabelecidos, precisam ser revistos à luz da nova *summa divisio*.<sup>190</sup>

A nova *summa divisio* constitucionalizada, em consonância com o Estado democrático, protege os direitos fundamentais individuais e coletivos e impõe a necessidade de várias reavaliações sobre o Direito e as funções estatais.

Em relação às funções estatais, pode-se perceber que ocorre uma limitação no poder estatal, especificamente, nos atos estatais. Nesse sentido, as políticas públicas sociais, que serão abordadas em tópico posterior, são protegidas, o que insere uma necessidade prioritária da revisitação dos atos dos poderes, principalmente, no que diz respeito aos seus atos discricionários.

E como diz Almeida: “[...] o entendimento aos direitos fundamentais e aos interesses reais da sociedade, presentes no Direito Coletivo, é que deve justificar qualquer tipo de exceção à isonomia”.<sup>191</sup>

Pode-se concluir que a nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada é o direito individual e o direito coletivo, portanto, trata-se de direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal brasileira de 1988.

---

<sup>189</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 398.

<sup>190</sup> Idem.

<sup>191</sup> Idem.

Almeida explica que “na nova *summa divisio* constitucionalizada no País não há regra prévia de preferência de um Direito ao outro. Ambos, Direito Coletivo e Direito Individual, encontram-se inseridos como direitos constitucionais fundamentais”.<sup>192</sup>

Importante salientar que a metodologia interpretativa proposta por Almeida, não tem como objetivo, simplesmente, a apresentação de novas classificações e conceitos, muito menos a desconsideração de tudo que foi construído durante o desenvolvimento histórico da humanidade civilizada, mas sim, a mudança de paradigmas no que diz respeito à própria aplicação da ordem jurídica.

Assim, o objetivo não é desconstruir, mas, a partir do que já foi construído e do que existe, buscar inovações interpretativas para efetiva aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais e, por esse contexto, o processo coletivo constitucionalizado, ou seja, um processo democrático, é um importante instrumento de concretização do que já foi consagrado pela Constituição Federal de 1988. E por serem direitos fundamentais, direito individual e direito coletivo, conforme a CF/88 e o Estado Democrático de Direito, implicam em aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF/88<sup>193</sup>).

E, partindo dessa visão constitucional e democrática, analisa-se no próximo capítulo a busca desta efetividade pelas contribuições das teorias constitucionalistas processuais, visando-se a concretização dos direitos coletivos em consonância com a nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada, através do processo coletivo constitucional como garantidor de direitos fundamentais e instrumento de transformação da realidade social – o repensar do processo coletivo.

---

<sup>192</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 398.

<sup>193</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, §1º da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 15 de out. de 2013.

## CAPÍTULO IV. TEORIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Segundo a teoria da nova *summa divisio* constitucionalizada direito individual e direito coletivo, a Constituição reconhece tais direitos como fundamentais e primordiais. Para a proteção e a efetivação destes direitos fundamentais, tem-se o processo como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Para fundamentar o processo coletivo garantidor de direitos fundamentais, parte-se para análise de teorias que constroem essa concepção constitucional. Pois, como afirma Cíntia Garabini Lages, apesar da Constituição brasileira definir a estruturação do modelo processual, que deve ser seguido no exercício da jurisdição, é fundamental a observância das teorias processuais que estudam a natureza do processo como ciência.<sup>194</sup>

Em 1984, incentivado com os estudos desenvolvidos pelo mexicano Hector Fix-Zamudio<sup>195</sup> e por Eduardo Couture<sup>196</sup>, José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua obra bibliográfica “*Processo Constitucional*”<sup>197</sup>, introduziu no Brasil a teoria da metodologia de garantia dos direitos fundamentais, ou seja, a efetivação do processo sob as diretrizes constitucionais. Posteriormente, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997) estruturaram a teoria do modelo constitucional do processo.

As teorias constitucionalistas, que iniciaram a evolução do pensamento teórico constitucional processual, possibilitam estabelecer uma relação entre o processo e a Constituição, inclusive do processo coletivo.

---

<sup>194</sup> LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo**: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito. 2010b, p. 20.

<sup>195</sup> Héctor Fix-Zamudio, nascido na cidade do México em 24 de setembro de 1924 é um jurista. Ocupou vários cargos dentro do judiciário mexicano. Publicou 20 livros sobre temas jurídicos, incluindo, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/H%C3%A9ctor\\_Fix-Zamudio](http://en.wikipedia.org/wiki/H%C3%A9ctor_Fix-Zamudio)>. Acesso em: 02 jun. de 2012.

<sup>196</sup> Juan Eduardo Couture Etcheverry nasceu na cidade de Montevideu em 24 de maio de 1904 e faleceu em 11 de maio de 1956. Foi um consagrado e reconhecido jurista, não só no Uruguai, seu país natal, mas, como em todo o mundo. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Eduardo\\_Juan\\_Couture](http://pt.wikipedia.org/wiki/Eduardo_Juan_Couture)>. Acesso em: 24 de jan. de 2014.

<sup>197</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Humberto Teodoro Júnior observa que, a partir do século XX, houve um desenvolvimento significativo no conceito de processo constitucional:

A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas grandes guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca antes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implementação por parte do Estado Democrático de Direito.<sup>198</sup>

Com a evolução do pensamento teórico constitucional processual, pode-se reconstruir a compreensão do processo coletivo pelo modelo constitucional processual, que a constituição define a partir dos princípios processuais e dos direitos fundamentais que a mesma reconhece.

#### **4.1 Os precursores da evolução do pensamento teórico constitucional processual**

Neste subtítulo será apresentada uma sistematização cronológica da evolução do pensamento teórico constitucional processual.

A partir do conhecimento desta evolução conceitual, inicialmente desenvolvida por Eduardo Couture, introduzida no Estado brasileiro por José Alfredo de Oliveira Baracho (com a influência dos estudos realizados por *Fix Zamúdio*) e, posteriormente, estruturada pelo modelo único de processo constitucional por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, pode-se repensar o processo coletivo por concepções constitucionalistas, que o consagram como uma metodologia de garantia de direitos fundamentais, expressão utilizada por Baracho.

---

<sup>198</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 234.

#### 4.1.1 Eduardo Couture

Por uma concepção ou definição do significado de processo judicial, os ensinamentos de Eduardo Couture<sup>199</sup> são esclarecedores. O autor entende o processo como uma sequência de atos que se desenvolvem progressivamente, objetivando a solução de um conflito através de uma sentença, assim, pelas palavras do autor: “*podemos definir, pues, el proceso jurídico, em uma primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión*”.<sup>200</sup>

Para Couture, o processo possui uma função privada e uma função pública. A natureza do processo em sua função privada define-se na possibilidade do direito servir ao indivíduo, ou seja, solucionar um conflito entre partes. O processo se apresenta como um instrumento idôneo para que a justiça seja aplicada ao caso concreto, portanto, por sua natureza privada, trata-se de uma garantia individual.<sup>201</sup>

Já por sua função pública, o processo determina sua natureza social, sua tutela coletiva. Nesse sentido, identifica-se sua característica de instituição garantidora de direitos fundamentais, objetivando a tutela de interesses da coletividade, ou seja, em um contexto mais amplo, busca-se a paz pública.

Mas, tanto em sua função privada como em sua função pública, o processo representa a tutela constitucional, pois, através do processo, as regras e os princípios constitucionais são efetivados. E como diz Couture: “*La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales*”.<sup>202 203</sup>

Couture esclarece que esse império de previsões constitucionais possui seus alicerces na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948<sup>204</sup>, formulada pela Assembleia das Nações Unidas:

---

<sup>199</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma. 1993, p. 121-122.

<sup>200</sup> Tradução livre: “Podemos definir, pois, o processo jurídico, em primeira concepção, como uma sequência ou série de atos que se desenvolvem progressivamente, como o objetivo de resolver, mediante um juízo de autoridade, o conflito submetido a sua decisão”.

<sup>201</sup> COUTURE, Eduardo J., op. cit., 1993, p. 146-147.

<sup>202</sup> Ibid., p. 148.

<sup>203</sup> Tradução livre: “A tutela do processo se realiza pelo império das previsões constitucionais”.

<sup>204</sup> **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 24 de nov. de 2013.

**Artigo VIII**

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

**Artigo X**

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

O raciocínio desenvolvido por Couture, que defende a natureza do processo judicial como função privada (direito privado) que garante o direito individual e como função pública (direito público) que garante o direito coletivo, assemelha-se com o raciocínio desenvolvido por Almeida, no qual na denominação de direito privado se insere o direito individual e na denominação de direito público se insere o direito coletivo,<sup>205</sup> isto em vias processuais.

O processo judicial, amparado pelo regramento constitucional, representa uma garantia de direitos fundamentais individuais (sua função privada) e coletivos (sua função pública).

#### 4.1.2 José Alfredo de Oliveira Baracho

Inspirado pelos estudos desenvolvidos por Couture e por Héctor Fix-Zamúdio, José Alfredo de Oliveira Baracho desenvolveu sua obra literária com o título de “Processo Constitucional”. Observa-se que em sua narrativa doutrinária, Baracho se refere ao processo constitucional em duas perspectivas, ou seja, tanto como processo-constitucional e como Constituição-processo.

Baracho diferencia que o Direito Processual Constitucional faz o estudo direcionado aos instrumentos processuais garantidores do cumprimento das normas constitucionais, isso em sentido estrito, e, por sua vez, o Direito Constitucional Processual realiza o estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagrados pela Constituição.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 430.

<sup>206</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**.1984, p. 126.

Conforme definição apresentada por Cândido Rangel Dinamarco<sup>207</sup>, observa-se que o primeiro, Constituição-processo, refere-se à efetivação do processo (seja judicial, administrativo ou legislativo) pelos princípios e regras dispostas na Constituição Federal de 1988. Já o segundo, processo-Constituição, refere-se à chamada jurisdição constitucional, ou seja, refere-se ao controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Por outro lado, apesar das definições doutrinárias, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira observa que “não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional [...]”. Cattoni se posiciona desta forma, pois, no Brasil todo e qualquer processo é constitucional, “[...] quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, [...], etc.”.<sup>208</sup>

Mas, o que se conclui é que Baracho defende a ideia do processo como uma metodologia de garantia de direitos fundamentais, seja no âmbito do processo-constitucional ou da Constituição-processo, “o Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais, (jurisdição, ação e processo) remete-nos à efetivação dos direitos essenciais.”<sup>209</sup>

Baracho expõe que nas constituições do século XX o processo consolidou-se como garantia constitucional, “através da consagração de princípios de Direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis”.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>208</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001b, p. 76.

<sup>209</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-190, jul/dez, 2004, p. 123. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>>. Acesso em: 22 de mar. de 2014.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 70-71.

O processo se distancia da ideia de mero instrumento técnico e se torna um “garantidor de direitos constitucionais”, como bem define Marcelo Cattoni um “procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada”.<sup>211</sup>

Ao vislumbrar uma Teoria Geral do Processo constitucional<sup>212</sup>, Baracho citando Héctor Fix-Zamúdio, relata:

Ao indagar em que consiste a Teoria Geral do Processo, Fix-Zamúdio acrescenta: “*Se trata em realidade de uma conclusión muy simple, que consiste em sostener la existência de uma série de conceptos comuns a todas las ramas de enjuiciamiento, los cuales pueden estudiarse em su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asumen em cada uma de las disciplinas específicas*”.<sup>213 214</sup>

A relação existente entre a Constituição e o processo é identificada por Baracho pelas linhas essenciais do sistema processual que são traçadas e determinadas no texto fundamental. Pelo autor, “a Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo”.<sup>215</sup>

Pelas palavras de Baracho, existem procedimentos essenciais ao procedimento constitucional, por exemplo, o direito à celeridade dos processos, mas, também: “[...] a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas de controle constitucional [...]; recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade”.<sup>216</sup>

Baracho ensina que “a constitucionalização do direito à jurisdição e a amplitude do conceito de direito à tutela jurídica efetiva leva-nos à caracterização do processo constitucional (*El proceso constitucional*), com destaque para a eficácia dos direitos humanos”.<sup>217</sup>

<sup>211</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 198.

<sup>212</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. 2004.

<sup>213</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. 1984, p. 120 – 121.

<sup>214</sup> Tradução livre: “Na realidade, trata-se de uma conclusão muito simples, que consiste em assegurar a existência de uma série de conceitos comuns para todos os ramos do processo, aos quais podem ser estudados em aspecto genérico, sem prejuízo aos aspectos peculiares da disciplina específica”.

<sup>215</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira, op. cit., 1984, p. 122.

<sup>216</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. 2006, p. 49.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 22.

E, ainda, enfatiza o autor que “o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista”.<sup>218</sup>

Conclui-se que o processo sob a luz da Constituição representa uma evolução ao caminho do efetivo Estado Democrático de Direito. Um processo realizado sem subjetivismos de julgadores e que se concretiza por uma sentença construída pelas partes de forma igualitária e na conformidade da lei, em respeito ao princípio da reserva legal.

Todos os participantes do processo são afetados e atingidos pelas garantias processuais constitucionais, são procedimentos que garantem os direitos das partes, ensinando Baracho que “em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação do processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais”.<sup>219</sup>

Mas, todas as conceituações defendidas e definidas por Baracho, encontram fundamentação na própria Constituição que traz um modelo de processo, o que significa que todos os processos devem se submeter a ordem constitucional.

#### 4.1.3 *Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera*

Ressalta-se a importante participação de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera na evolução do pensamento teórico constitucional processual, ao desenvolverem a estrutura do modelo único de processo estabelecido pela Constituição.

Porém, salutar a observação feita por Lages, que dispõe (e confirma) a sistematização cronológica apresentada neste subtítulo:

O direito constitucional processual italiano foi apresentado por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera sob o título *Il fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano* e publicado pela primeira vez em 1990, em Torino, na Itália. Sem a intenção de menosprezar a teoria italiana e a importância de sua contribuição para o desenvolvimento de uma teoria do processo constitucionalmente adequada, mas apenas de fazer justiça aos trabalhos desenvolvidos na América Latina por Couture,

---

<sup>218</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. 2006, p. 43.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

Fix-Zamudio e Baracho, trata-se a referida teoria de um refinamento daquela que no Brasil há muito já se discutia.<sup>220</sup>

Andolina e Vignera ensinam que *“la costituzione contiene (anche) principi e norme attinente all’esercizio della giurisdizione e, quindi, allo svolgimento del procedimento giurisdizionale”*.<sup>221 222</sup>

E por esta estrutura de princípios e normas pré-definida pela Constituição e por esta nova perspectiva, como os autores definem *“nuova prospettiva post-costituzionale”*, desenvolve-se o modelo constitucional do processo.<sup>223</sup>

Conforme Lages:

Na mesma linha traçada por Couture, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera apresentam uma teoria processual pautada na relação do processo com a Constituição. Ainda muito influenciados pelo novo paradigma constitucional inaugurado em 1948, na Itália, os autores apresentam uma preocupação atual: a necessidade de se afirmar um fundamento constitucional para o processo, não apenas processual ou formal, mas sobretudo material, consubstanciador de um verdadeiro modelo processual de observância obrigatória.<sup>224</sup>

Andolina e Vignera salientam que apesar deste modelo único de processo constitucional, as especificidades de cada tipo de processo devem ser respeitadas e reguladas pelo legislador infraconstitucional.

Porém, esse reconhecimento de pluralidade de procedimentos, não impede e nem impossibilita a existência deste modelo único que possui as características de expansividade, variabilidade e perfectibilidade, ou seja, características que possibilitam a adequação necessária e pertinente a cada área do sistema jurídico, por fim, o que se tem, pelo modelo único constitucional, é a garantia do desenvolvimento do processo, independentemente de seus procedimentos específicos, sob as diretrizes normativas e principiológicas da Constituição.<sup>225</sup>

<sup>220</sup> LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo**: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito. 2010b, p. 46.

<sup>221</sup> ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I Fondamenti Costituzionali Della Giustizia Civile**. II Modello Costituzionale Del Processo Civile Italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 4.

<sup>222</sup> Tradução livre: “A Constituição contém (também) os princípios e as regras relativas ao exercício da jurisdição e, portanto, os procedimentos dos processos judiciais”.

<sup>223</sup> ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe, op. cit., 1997, p. 5.

<sup>224</sup> LAGES, Cíntia Garabini, op. cit., 2010b, p. 46.

<sup>225</sup> ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe, op. cit., 1997, p. 9-11.

Flaviane de Magalhães Barros, ao discorrer sobre o modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera, explica que a compreensão do modelo único de processo justifica-se na base uníssona de princípios constitucionais que definem o processo como garantia, porém, observando-se a possibilidade deste modelo se expandir, aperfeiçoar-se e se especializar, portanto, o intérprete deve “compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo”.<sup>226</sup>

Pela teoria desenvolvida por Andolina e Vignera, há um único modelo constitucional que serve de parâmetro para qualquer processo, independentemente da sua natureza, judicial ou legislativa.

Conclui-se que a concepção de modelo constitucional do processo não se aplica apenas ao processo civil, mas a todos os tipos de processos, portanto, ao processo coletivo.

Nesse sentido, Lages dispõe que, inicialmente, a teoria do modelo constitucional foi concedida no âmbito jurisdicional civil, porém, trata-se de um modelo que se expande, possibilitando um verdadeiro modelo geral de processo, “não apenas público, mas também privado, não apenas jurisdicional, mas também legislativo, administrativo, arbitral”.<sup>227</sup>

Importante salientar que, na atualidade, o direito, como um todo, passa por um processo de constitucionalização. Este processo representa uma adequação do direito aos princípios e regras constitucionais. Esta adequação do ordenamento jurídico à Constituição é fruto da noção moderna de constitucionalismo.

Por esta visão democrática e constitucional, supera-se a ideia de Constituição como um mero documento político procedimental, ampliando-se o caminho da concretização de direitos e deveres dispostos na Carta Maior através do ordenamento infraconstitucional.

E, certamente, por essa hermenêutica constitucional, o direito processual coletivo também se amolda a este processo de constitucionalização e, por consequência, ao modelo constitucional do processo.

---

<sup>226</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 335.

<sup>227</sup> LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo**: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito. 2010b, p. 48.

Os estudos desenvolvidos, pelos precursores da evolução do pensamento teórico constitucional processual, influenciaram vários doutrinadores brasileiros. Portanto, o subtítulo a seguir, apresentará a compreensão doutrinária brasileira do processo à luz da Constituição, ou seja, do processo como garantidor de direitos fundamentais.

#### **4.2 Teorias constitucionalistas processuais na compreensão doutrinária brasileira**

No que diz respeito à importância do estudo voltado a concepção constitucionalista do processo, Almeida ressalta que é importante que seja instigado o espírito dos profissionais do direito para que o direito processual seja estudado e interpretado em consonância com o texto constitucional, afirmando que “somente com uma interpretação legítima dos valores constitucionais fundamentais é que o direito processual irá trilhar o seu verdadeiro caminho, como instrumento constitucional fundamental para a efetivação dos direitos e realização de Justiça”.<sup>228</sup>

Define o autor que o direito constitucional processual é o conjunto de normas e princípios processuais estabelecido na Constituição Federal de 1988, concluindo que “[...] é dentro, portanto, do direito constitucional processual que se encontra fundamentada a unidade do direito processual, bem como, por consequência, a teoria geral do processo”.<sup>229</sup>

Pela evolução do pensamento teórico constitucional processual, construiu-se a visão do processo judicial como uma tutela constitucional que possui como principal objetivo o seu próprio fim ou finalidade, que é a concretização de direitos basilares da convivência humana e social. Assim, nenhum tipo de obstáculo pode impedir a efetividade das regras e princípios constitucionais.

Em sentido mais abrangente, o processo judicial, através da garantia constitucional de acesso à jurisdição, representa a própria efetivação democrática e, por consequência, a transformação social.

---

<sup>228</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). 2003, p. 32-33.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 33.

Baracho especifica que “a função do processo judicial não pode ser apenas aplicativa e conservadora, mas deve ser instrumento de mudança”.<sup>230</sup>

Humberto Teodoro Júnior explica que com a constitucionalização da garantia de acesso à justiça, “o processo, como instrumento de operação dessa garantia, também se constitucionalizou, já que imediata haveria de ser a incidência, nos procedimentos judiciais, de tudo aquilo que na Constituição fora estabelecido em torno das garantias fundamentais”.<sup>231</sup>

Por Marcelo Cunha de Araújo, para ser conceituado o direito democrático é necessário o reconhecimento do processo constitucional, ou seja, trata-se de uma condição para a aplicação do direito, bem como, para a justificação do direito. O processo para o autor é entendido como instituto jurídico que mantém estrita ligação com o direito democrático, “seria, então, impossível à conceituação do que é o direito democrático sem a referência ao processo no campo da aplicação (processo judicial ou administrativo) ou da justificação (processo legislativo)”.<sup>232</sup>

Seguindo a observação feita pelo autor, salutar a ressalva de que a teoria constitucionalista do processo não se limita a efetividade do processo judicial, mas, também, do processo administrativo e do processo legislativo, o que significa que todos os processos devem ser efetivados através das diretrizes constitucionais.

Lages se manifesta sobre a aplicabilidade processual constitucional em todos os procedimentos adotados pelo Estado, pela autora trata-se de “uma compreensão adequada do caráter procedimental da Constituição e do papel legitimador do direito produzido conferido ao processo”, no entanto, o modelo processual que é estabelecido pela Constituição Federal tem sua aplicabilidade ampliada, ou seja, não se restringe aos procedimentos jurisdicionais, devendo ser aplicado em todos os procedimentos estatais, “assim, não há que se falar apenas em modelo constitucional do processo jurisdicional, mas em modelo constitucional do processo, apenas”.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. 1984, p. 118.

<sup>231</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e processo**: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. 2009, p. 234.

<sup>232</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 15.

<sup>233</sup> LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo**: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito. 2010b, p. 31.

Flaviane de Magalhães Barros, tendo como marco o Estado Democrático de Direito, sustenta “a noção de processo como garantia constitucional” e diz que “[...] principalmente, se formos levar a sério o texto constitucional de 1988 e partir para uma interpretação do processo constitucionalmente adequada”.<sup>234</sup>

Por Aroldo Plínio Gonçalves, as garantias constitucionais do processo efetivam direitos individuais e coletivos. São garantias da própria sociedade que, inclusive, asseguram a não invasão do Estado no domínio dos direitos individuais e coletivos, pois, garantem “[...] que o Estado não instituirá juízos pós-constituídos, de que a privação dos bens da vida que o Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua própria formação [...]”.<sup>235</sup>

Explica Gonçalves que “se as Declarações de Direito do século XVIII se preocuparam em criar as garantias políticas e criminais dos indivíduos perante o Estado, o século XX, já em fim de milênio, preocupa-se em “assegurar” a aplicação daquelas garantias, já ampliadas”.<sup>236</sup>

Para o autor, nas novas concepções, há espaço para que o conflito seja exposto, “não há a abolição da existência do conflito, não negam-se as diferenças, ao contrário, como diz o autor, “o conflito é acolhido e reconhecido”. Abre-se espaço ao contraditório e “formam-se as decisões que interferem nos direitos individuais e coletivos na vida da sociedade”.<sup>237</sup>

Segundo Brêtas, o devido processo legal é a viga-mestra do processo constitucional que se efetiva através de princípios que legitimam o próprio processo, bem como, o proceder das partes envolvidas no caso concreto, como o princípio do contraditório, da ampla defesa, na razoável duração do processo (que o autor entende como “sem tempos mortos ou inúteis”), nas decisões fundamentadas do juízo natural e completa o autor: “[...] entre outros princípios e garantias que fundamentam o devido processo constitucional que, por fim, representa o verdadeiro Estado Democrático de Direito”.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. 2009, p. 333.

<sup>235</sup> GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2012, p. 161.

<sup>236</sup> Idem.

<sup>237</sup> Idem.

<sup>238</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 92.

As concepções constitucionalistas apresentam o processo como uma garantia de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Entende-se, portanto, que o devido processo constitucional é uma garantia constitucional efetivada pelo processo.

Conforme entendimento de Leal, trata-se de processo-procedimento que pela principiologia constitucional converte-se em direito-garantia que não pode ser postergado e que representa “[...] conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição”.<sup>239</sup>

Brêtas relaciona à importância do processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito, expondo que o Estado exercendo a jurisdição, no contexto principiológico da Constituição Federal, exige “[...] a observância do princípio do juízo natural, do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, do princípio do devido processo constitucional, do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais e do princípio da eficiência”.<sup>240</sup>

Todas estas formas de pensar ou repensar o processo são fundamentais para o atual momento da sociedade brasileira, isso por vários aspectos, mas, ressalta-se o momento atual em que se vislumbra uma reforma geral<sup>241</sup> nos âmbitos processuais, pois, sem devidas observações aos princípios do devido processo constitucional, poder-se-á perder esta valiosa oportunidade de efetivação da democratização e da constitucionalização.<sup>242</sup>

Ainda, nesse sentido, observa-se que, a busca pela celeridade e efetividade processual deve atuar de forma harmônica com os princípios que regem o devido processo constitucional. O que significa que não deve haver o detrimento de princípios fundamentais para que existam processos rápidos.

---

<sup>239</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 2011, p. 70.

<sup>240</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias, op. cit., 2010, p. 170.

<sup>241</sup> Nota: em 2009 foi apresentado por comissão de processualistas renomados o anteprojeto do Código de Processo Penal, posteriormente, tramitando no senado sob o n. 156/2009. Em 2010 o mesmo procedimento ocorreu em relação ao anteprojeto do Código de Processo Civil, que posteriormente, tramitou sob o n. 166/2010. Pelas análises dos doutrinadores, ambos os anteprojeto não foram preparados de forma correta, ou seja, não seguiram os ditames do devido processo constitucional. Isto porque o devido processo constitucional é aplicável não apenas ao processo judicial, mas, também, ao processo administrativo e legislativo.

<sup>242</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Coords.). **Reforma do Processo Civil: perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Lembrando que todo o processo possui o seu tempo “necessário”, assim, respeitando-se a razoável duração do processo<sup>243</sup>. Entende-se que, somente pode haver celeridade processual quando se tem preservada a segurança jurídica de um processo. Caso contrário, a própria celeridade irá trazer a chamada “injustiça”.

Como, também, é salutar a ressalva de que as meras mudanças normativas não irão transformar órgãos estatais em eficientes. Para tanto, deverá haver reestruturação em dependências físicas, bem como, uma reeducação e profissionalização dos operadores do direito, o que implica na mudança de conceitos e superação de dogmas e paradigmas que não condizem mais com a realidade brasileira.

A função jurisdicional possui a atividade-dever de dizer o direito. O processo, pela perspectiva constitucional, é legitimador e disciplinador da jurisdição, pois, impõe o modo de proceder ao Estado/juiz. Verifica-se que o processo é uma metodologia garantidora de direitos e garantias fundamentais constitucionais.<sup>244</sup>

Através do devido processo constitucional se efetiva o devido processo legal, o que significa que todos os procedimentos que constroem o processo serão realizados com a observância rigorosa aos princípios e garantias fundamentais, como o acesso amplo e irrestrito à jurisdição, direito a um advogado, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, direito à motivação das decisões judiciais e tantos outros direitos e garantias constitucionais.

Mas, acima de tudo, o devido processo constitucional garante a participação democrática das partes interessadas que serão afetadas pela decisão final. Ou seja, são as partes interessadas que irão construir a sentença final. Como enfatiza Gonçalves: “a atual estrutura normativa do processo está predisposta para que as partes [...], sendo os destinatários da sentença, [...], saibam por que pode ela constituir o ato de condenação, [...] uma reparação, [...] rejeitar um pedido de proteção a um suposto direito”.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> A razoável duração do processo entrou para o Ordenamento Jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, o objetivo era efetivar a atividade-dever do Estado com celeridade de tramitação.

<sup>244</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. 2006.

<sup>245</sup> GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2012, p. 151.

As partes processuais estão garantidas de que as decisões judiciais serão construídas na conformidade de uma estrutura normativa que assegura, por suas formas, a participação dos interessados em todas as atividades que preparam a sentença, sem arbitrariedades. Conforme Gonçalves, essa estrutura representa um jogo democrático que “permite a manifestação das divergências no iter da formação de um ato final que produz efeitos na esfera de direitos de seus destinatários, mas com a garantia de simétrica igualdade de oportunidades desses destinatários [...]”.<sup>246</sup>

Para Brêtas, por essa visão constitucional e democrática, não é mais concebível a ideia da decisão ser obra solitária do agente público julgador, ou seja, do juiz.<sup>247</sup>

#### 4.2.1 Princípios constitucionais do processo

Por Dierle José Coelho Nunes, a modernidade fez com que houvesse avanços em vários estudos científicos direcionados a área do direito. As construções teóricas ou de especificação de procedimentos não podem ser baseadas, apenas, pela busca de seus resultados pragmáticos, para o autor “ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais (modelo constitucional de processo) em perspectiva dinâmica e que procure a sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal”.<sup>248</sup>

Ainda, salienta Nunes que objetiva-se uma estrutura procedimental que atenda, ao mesmo tempo, “ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito”.<sup>249</sup>

Dessa forma, modifica-se a forma de trabalhar as normas processuais, que passam a ser pautadas pelos princípios constitucionais. Os procedimentos se organizam de uma forma mais principiológica, o que exige do juiz uma abordagem diferente diante do processo como um todo.<sup>250</sup>

<sup>246</sup> GONCALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2012, p. 151.

<sup>247</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010.

<sup>248</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40-41.

<sup>249</sup> Idem.

<sup>250</sup> Idem.

Os princípios constitucionais norteiam a teoria da metodologia de garantia de direitos fundamentais. Isso significa mais do que uma repetição da Constituição, reflete uma nova forma de pensar o processo. O processo ordenado e disciplinado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição.

Pelas explicações de Nunes, orientando-se pela concepção do modelo constitucional de Andolina e Vignera, o processo constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Considera o autor que é errôneo pensar no processo democrático apenas como um instrumento formal que visa celeridade máxima na aplicação do direito, deve-se compreender o processo democrático como uma estrutura normativa constitucionalizada, ou seja, dimensionada por “[...] todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, ampla defesa, devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional”.<sup>251</sup>

Os princípios jurídicos são diretrizes e normas do direito. Pode-se dizer que são os alicerces da estrutura do sistema jurídico. Como expõe Brêtas, trata-se de proposições fundamentais do direito que possuem força normativa e, portanto, vinculativas, pois, integram o ordenamento jurídico, assim, concluindo o autor: “a partir daí, pode-se examinar as funções desempenhadas pelos princípios, a fim de melhor situá-los como proposições que configuram a revelação, a interpretação, a aplicação e a fundamentação do direito”.<sup>252</sup>

Como, também, para Lages, princípios são normas. Por estudo realizado sobre as teorias de Dworkin e Alexy sobre a normatividade dos princípios, a autora conclui sobre as teorias analisadas:

Apesar das diferenças profundas que ambas guardam entre si, o primeiro constrói sua teoria à luz de uma perspectiva deontológica, ao passo que o segundo acaba por equiparar princípio e valor. Ambas afirmam de modo uníssono o caráter normativo dos princípios, não havendo como diferenciar norma e princípio, a não ser pela relação gênero/espécie que guardam entre si. Lado outro, a teoria elaborada por Dworkin apresenta-se compatível com o paradigma procedimental do Estado, no qual se insere a Constituição Federal de 1988.<sup>253</sup>

<sup>251</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das Reformas Processuais**. 2008, p. 250.

<sup>252</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 105-106.

<sup>253</sup> LAGES, Cíntia Garabini. A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.).

Brêtas apresenta as funções principais dos princípios. De forma simplificada são elas: *i*) função interpretativa, diretriz auxiliar e segura na revelação e compreensão do direito; *ii*) função supletiva, pela qual o princípio atua como fonte normativa subsidiária, em situações de lacuna ou omissão na regra de direito; *iii*) função normativa própria, compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico em toda sua extensão.<sup>254</sup>

Brêtas faz um alerta de que todos aqueles que atuam na área do direito, como os advogados privados e públicos, membros do Ministério Público e juízes, dediquem esforços para que os princípios jurídicos sejam concretizados, isto é: “[...] cumpram suas funções interpretativa, supletiva e normativa, pois, destas condutas, depende a efetividade dos princípios na elaboração do direito”.<sup>255</sup>

Existem princípios que fundamentam o processo na perspectiva constitucional, podendo ser catalogados, como exemplos, os seguintes princípios:

- a) juízo natural. Trata-se de órgão jurisdicional competente preestabelecido em lei. Um princípio diretivo da função jurisdicional. Opõe-se ao juízo de exceção.

Em relação ao juízo natural, Baracho observa que a prévia constituição do juiz é uma garantia que institui uma ordem jurisdicional competente, que tem a incumbência de aplicar o direito aos casos concretos, sendo que esta estrutura jurídica constitui-se em uma pluralidade de órgãos.<sup>256</sup> Mas, por fim, trata-se de uma segurança jurídica e o respeito ao Estado democrático.

- b) reserva legal. Expressamente na Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF artigo 5º, inciso II).

---

**Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional.** Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010a. v. 2, p. 120.

<sup>254</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 2010, p. 106-107.

<sup>255</sup> Ibid., p. 109.

<sup>256</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional:** aspectos contemporâneos. 2006, p. 15.

Brêtas salienta que a expressão lei, nesse enunciado normativo, “tem o significado técnico-jurídico de ordenamento jurídico, na sua total extensão, isto é, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais (regras e princípios) vigentes no sistema jurídico brasileiro”.<sup>257</sup>

- c) devido processo constitucional. Representa um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais.

Elucidativas as orientações de Brêtas que especifica que “dentro desse equacionamento democrático e constitucional, afastam-se, de uma vez por todas, a ideia de que a decisão jurisdicional deva ser orientada por hercúleos critérios subjetivos do julgador”.<sup>258 259</sup>

Ainda, Brêtas observa que configura ato ilícito uma decisão judicial que se desvincule do princípio do Estado Democrático de Direito e que não esteja em consonância com o princípio da reserva legal e diz que uma decisão sem essas bases constitucionais é “passível de acarretar a obrigação indenizatória do Estado ou do agente público decisor que a tiver proferido, desde que tenha causado prejuízos às partes, porque todo ato estatal de exercício do poder implica em responsabilidade”.<sup>260</sup>

<sup>257</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 118.

<sup>258</sup> Ibid., p. 125.

<sup>259</sup> Nesse sentido, salutar a observação de Lenio Luiz Streck, que alerta para a diferença de decidir em consonância com as normas constitucionais e decidir sob o álibi da abertura principiológica: “Enfim, o velho senso comum teórico, forjado em perspectivas pragmatistas, sob os mais variados matizes, transformou o direito em um somatório de decisões desconectadas, é dizer, em um verdadeiro ‘estado de natureza hermenêutico’, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe prouver. Sob o álibi da abertura interpretativa proveniente da principiológica constitucional, parece não haver limites para a ‘criatividade’, a ponto de soçobrar o próprio texto constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 6.

<sup>260</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias, op. cit., 2010, p. 125.

d) fundamentação das decisões jurisdicionais. Impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial.

Por Leal não se coaduna mais, no mundo atual, a ideia de decisões segundo a consciência do julgador ou por juízos de convicção íntima, isso pelas conquistas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos, portanto, as convicções devem ser pautadas em critérios legais, afirmando o autor que “atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos estudiosos, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais”.<sup>261</sup>

Segundo Brêtas, no Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões jurisdicionais são pautadas em quatro lógicas constitucionais: “[...] controle de constitucionalidade da função jurisdicional, tolhimento da interferência de ideologias e subjetividades do agente público julgador [...], [...] racionalidade da decisão e possibilidade de melhor estruturação dos recursos [...]”.<sup>262</sup>

Completando, adverte Streck que não basta o juiz fundamentar a decisão, sendo necessária uma decisão, também, justificada, ou seja, explicitada, afirmando que “não há princípio constitucional que resista a falta de fundamentação; não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido”.<sup>263</sup>

Baracho observa que “a motivação é constitucionalmente exigida, como ocorre com a Constituição espanhola, que diz ser necessário que as sentenças sejam sempre fundamentadas e pronunciadas em audiência pública (art. 120.3.,CE)”.<sup>264</sup>

---

<sup>261</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 2011, p. 103.

<sup>262</sup> BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2010, p. 132.

<sup>263</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”**; o contraponto da resposta correta. 2009, p. 17.

<sup>264</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. 2006, p. 19-20.

Concluindo que a fundamentação das decisões judiciais é uma exigência da Constituição que visa, antes de tudo, um controle da atividade jurisdicional, alertando para o fato de que, “os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania”.<sup>265</sup>

Por fim, em relação ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, salutar a observação de Misael Montenegro Filho que entende a decisão judicial como um gênero que comporta as espécies de sentença, decisão interlocutória, acórdão e despachos, concluindo que todas as decisões devem ser fundamentadas, “[...] com especial enfoque para as de natureza interlocutória, sobrelevando ressaltar as liminares deferidas em medidas cautelares, mandados de segurança, possessórias e ações civis públicas, além das antecipações de tutela”.<sup>266</sup>

Os princípios apresentados são, apenas, exemplos de princípios que fundamentam o processo desenvolvido e construído sob os critérios constitucionais, além destes, podem ser citados: a fundamentação conectada aos princípios do contraditório e da congruência, da supremacia da Constituição Federal, da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito e da eficiência da função jurisdicional.

Por todos estes importantes motivos, princípios e garantias constitucionais, o devido processo constitucional é interpretado, na atualidade, e conforme estudos doutrinários apresentados, por uma metodologia de garantia de direitos fundamentais do povo brasileiro.

Mas, sem dúvida, a atuação dos órgãos jurisdicionais<sup>267</sup> é fator primordial da efetivação destas medidas que defendem e representam o verdadeiro Estado Democrático de Direito<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. 2006, p. 19-20.

<sup>266</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1., p. 36-37.

<sup>267</sup> Salienta-se o ensinamento de Baracho: “O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira, op. cit., 2006, p. 15.

<sup>268</sup> Por Rosemiro Pereira Leal: “Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que assegure a todos indistintamente uma estrutura espaço-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correção e aplicação de direitos”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 2011, p. 33.

### 4.3 Constitucionalização do processo coletivo

Todos os princípios analisados no subtítulo anterior são aplicáveis ao âmbito processual coletivo, sem exceções. Bem como, todas as concepções constitucionalistas do processo, pois, a partir da nova *summa divisio* constitucionalizada adotada pela Constituição Federal de 1988, direito individual e direito coletivo, consagrou-se, também, a constitucionalização do processo coletivo como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito.

Como elucida Almeida, são esses dois blocos de direito que definem os dois tipos de processos judiciais existentes, inclusive, em concordância com a concepção já analisada de Couture. Almeida, assim discorre:

No plano do Direito processual, só existem dois tipos de processos: processo de tutela jurídica de Direito individual e processo de tutela jurídica de Direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo. Ora, se as formas e os meios de proteção e de efetivação dos Direitos ou são coletivas ou são individuais, impõe-se um novo modelo de *summa divisio* superador do modelo clássico *Direito Público e Direito Privado*, o qual não leva em conta o plano da proteção ou da efetivação do Direito, mas outros valores que não são legítimos para um sistema constitucional democrático e servem apenas como bloqueio na construção de novos modelos que possibilitem ao Direito tornar-se realmente instrumento de transformação da realidade social.<sup>269</sup>

Os direitos coletivos passaram a ser considerados direitos fundamentais e, portanto, com aplicabilidade imediata e, ainda, com amplo acesso à justiça em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

As concepções constitucionalistas do processo entendem o processo (em todos os âmbitos) como um método que garante direitos fundamentais constitucionais, ou seja, o direito coletivo deve ser aplicado através do devido processo coletivo constitucional. O que representa que todas as regras e princípios processuais constitucionais devem ser aplicados na controvérsia coletiva.

Entende-se que o direito fundamental ao acesso à jurisdição não deve ser obstaculizado em alarmante violação constitucional. O que representa que no âmbito coletivo qualquer do povo pode provocar a jurisdição coletiva, cabendo em determinados casos a devida substituição ou representação processual.

---

<sup>269</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 173.

Mas, de qualquer forma, sem obstáculos, pois, assim dispõe a CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Bem como, em seu artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Outra questão defendida pelas concepções constitucionalistas do processo diz respeito ao processo participativo que determina uma decisão construída pelas partes interessadas, pois, são as partes ou os interessados que irão sofrer os efeitos de uma sentença. Nesse contexto, observa-se um processo democrático, onde não há surpresas decisórias ou decisões apresentadas de maneira isolada ou solitária.

No âmbito coletivo, pode-se afirmar que não há partes, mas, interessados, porém, sejam partes ou interessados, o processo democrático participativo (seja por audiências públicas ou por qualquer outro meio idôneo e legal de participação) deve ser efetivado e representado pela concretização de direitos fundamentais individuais ou coletivos.

Conclui-se que as concepções constitucionalistas do processo são perfeitamente aplicáveis no âmbito processual coletivo, sem que as peculiaridades das demandas coletivas sejam afetadas ou violadas, pois, o que será aplicada é a teoria geral do processo constitucional.

Por esse raciocínio, percebe-se que o direito processual coletivo tornou-se um novo ramo (específico) do direito processual, como acentua Almeida:

O estudo do direito processual coletivo como ramo específico do direito processual vem coroar, mesmo que já no início de um novo século, o movimento de defesa dos interesses primaciais da comunidade, que deveria ter se iniciado, como observou José Ortega y Gasset, no século XIX, e possibilitar, com a criação de regras e princípios específicos de interpretação, uma tutela jurisdicional mais efetiva e dinâmica, como já havia manifestado Édis Milaré, ao sustentar que, para uma sociedade de massa, há de existir igualmente um processo de massa.<sup>270</sup>

---

<sup>270</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). 2003, p. 45.

Por fim, pela visão constitucional, tem-se um processo, seja individual ou coletivo, democrático. Especificamente, tem-se o processo sendo concretizado pelo devido processo constitucional.

Mas, para tanto, há que se ter a construção de novas perspectivas, de novas formas de pensar o direito, há à necessidade de romper com paradigmas e dogmas que não atendem mais a realidade social brasileira.

Conforme Almeida, pelas concepções construtivistas e transformadoras, o processo coletivo constitucional, como instrumento de transformação da realidade social, concretiza o direito fundamental coletivo, estando o processo à disposição da ordem jurídico-constitucional democrática.<sup>271</sup>

Assim, faz-se necessária a contribuição de uma teoria crítica que vise à transformação social, portanto, a seguir, são apresentadas as análises realizadas sobre as concepções defendidas pela teoria crítica do direito, como possíveis formas de se obter o processo coletivo constitucional.

---

<sup>271</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). 2003, p. 58.

## CAPÍTULO V. CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Com inspiração na “Escola de Frankfurt”, a expressão “teoria crítica do direito” surge visando romper com as formas de racionalidade impostas pela teoria tradicional existente, que identificam o direito como instrumento de dominação.

Antonio Carlos Wolkmer afirma que a Escola de Frankfurt inspira-se “na tradição racionalista que remonta o criticismo Kantiano, passando pela dialética hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista”.<sup>272</sup>

Estas formas tradicionais de racionalidade, nas quais o direito é manifestado como instrumento de dominação, afetam diretamente o desenvolvimento do conhecimento jurídico.

O jurista, seja advogado, juiz, promotor ou cientista do direito, constrói seu conhecimento jurídico, em primeiro momento, buscando entender a ciência do direito por uma sistematização das condições de cientificidade deste saber. Em segundo momento, o jurista desenvolve a lógica jurídica, buscando verificar se aquele conhecimento é válido ou não, é verdadeiro ou falso, ocorrendo, portanto, uma reflexão e avaliação dos pressupostos de validade deste saber, isto em plano subjetivo. Em terceiro momento, o jurista encara o conhecimento jurídico a partir do aspecto da vida humana (ou caso concreto). Em suma, o conhecimento jurídico é desenvolvido por três distintos pontos de vista.<sup>273</sup>

Conforme Coelho, por essa forma de construção do entendimento do direito, ao ser aplicada a norma, ao mesmo tempo, cria-se o direito: “[...] sendo a norma jurídica apenas um dos elementos de que se serve o jurista para criar o direito no momento dialético de solução dos conflitos, por quem seja autorizado a fazê-lo em virtude das próprias normas”.<sup>274</sup>

Pode-se compreender a expressão utilizada pelo autor, “cria-se o direito”, como “efetiva-se o direito” ou “dá-se vida ao direito”. O que salienta a importância do desenvolvimento do conhecimento jurídico.

---

<sup>272</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

<sup>273</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 174.

Pelo desenvolvimento do conhecimento jurídico, criam-se, também, a dogmática jurídica e a zetética jurídica. A primeira representa as normas jurídicas e a segunda representa a teoria que se vale da pesquisa (*zetein* em grego significa pesquisar, opinar).

No que diz respeito à dogmática jurídica, Coelho salienta que o pensamento do jurista é dogmático porque deriva da normatividade das leis, do costume, da jurisprudência, da doutrina e dos princípios gerais do direito (fontes formais do direito).<sup>275</sup> Por sua vez, a zetética jurídica, em princípio, manifesta um conhecimento de dentro do direito e seu discurso é operacional ou pragmático e não se opõe ao discurso da dogmática, o que, por fim, acentua a eficácia do discurso normativo, até mais do que a própria validade normativa.<sup>276</sup>

A teoria crítica do direito tem como objetivo criar a superação, justamente, nestes dois âmbitos, ou seja, “pode-se adiantar que uma teoria crítica representa uma superação, no campo da epistemologia do direito, tanto da dogmática quanto da zetética jurídica”.<sup>277</sup> E como discorre Wolkmer:

A Teoria Crítica do Direito não só analisa as condições do dogmatismo técnico-formal e a pretensão de cientificidade do Direito vigente, como, sobretudo, propõe novos métodos de ensino e de pesquisa que conduzem à desmistificação e à tomada de consciência dos operadores jurídicos.<sup>278</sup>

A partir da perspectiva crítica, proposta pela teoria crítica do direito defendida por Luiz Fernando Coelho, surge uma nova forma de desenvolvimento do conhecimento jurídico, propõe-se a construção de um pensar crítico que tem como objetivo principal a concretização do direito e, por consequência, a transformação da realidade social, isto pela leitura crítica das teorias voltadas ao direito positivo a partir de novas bases, como especifica Coelho:

---

<sup>275</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 174.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 175-176.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>278</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: novo paradigma de legitimação. 2005, p. 4. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=646](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=646)>. Acesso em 11 de abr. de 2014.

Esse contexto doutrinário enseja o surgimento, na atualidade do pensamento jurídico, de diferentes propostas críticas, as quais desenvolvem um discurso tendente a avaliar os efeitos sociais das concepções filosófico-jurídicas [...] a inteligência jurídica foi despertada para a necessidade de repensar os fundamentos do direito positivo e para a elaboração de novas propostas, voltadas basicamente para a crítica social. [...] Essas propostas, as quais não satisfeitas com a simples leitura crítica das teorias voltadas para o direito positivo, leitura que as leva a questionar os propósitos dessas teorias em função dos respectivos resultados, preconizam a recuperação da produção jurídica a partir de novas bases, que superem tanto a concepção juricista do Estado quanto a concepção estatista do direito, as quais têm-se revelado incapazes de solucionar os complexos problemas da sociedade.<sup>279</sup>

E como explica Coelho, a perspectiva crítica inclui um novo princípio, que é o princípio da transformação, ou seja, por esta nova perspectiva, rejeita-se o papel de legitimação que o senso comum teórico definiu como correto. Por consequência, o direito perde seu papel tradicional de conservador e visa-se o seu papel concretizador no meio social.<sup>280</sup>

Essa nova forma de se construir o pensamento jurídico ou de se pensar o direito como concretizador no meio social, mostra-se fundamental na atual sociedade contemporânea, pois, como afirma Wolkmer:

[...] a estrutura normativista do moderno Direito positivo estatal é ineficaz e não atende mais ao universo complexo e dinâmico das atuais sociedades de massa que passam por novas formas de produção de capital, por profundas contradições sociais e por instabilidades que refletem crises de legitimidade e crises na produção e aplicação da justiça.<sup>281</sup>

Salienta o autor que “a teoria crítica, enquanto instrumental operante, expressa a idéia de razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação”.<sup>282</sup>

Wolkmer afirma que o que se vivencia na atualidade jurídica é uma “crise de paradigmas”. Para o autor, a crise vivenciada no âmbito do direito, representa o “esgotamento e a contradição do paradigma teórico-prático liberal-individualista que não consegue mais dar respostas aos novos problemas emergentes, favorecendo, com isso, formas diferenciadas que ainda carecem de um conhecimento adequado.”<sup>283</sup>

<sup>279</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 307.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>281</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação**. 2005, p. 2.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 2.

Portanto, o que se busca na atualidade, são novas compreensões e interpretações normativas que aproximem o direito das realidades sociais, bem como, que o direito se concretize, o que significa a efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionais. E é exatamente neste e por este contexto, que a teoria crítica do direito se desenvolve, buscando um pensar do direito crítico, flexível, emancipador, construtivista e transformador da realidade social. Por fim, buscando-se novos paradigmas que ampliem “os horizontes de um acesso mais democrático à justiça”.<sup>284</sup>

Por todos estes fundamentos constitucionais, a teoria crítica do direito contribui de maneira significativa no repensar do processo coletivo, a partir da nova *summa divisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos, como garantidor e concretizador de direitos fundamentais. O que define uma nova forma de se compreender e interpretar o direito em consonância com a Constituição Federal de 1988.

### 5.1 O direito como transformador da realidade social

Pelo entendimento de Almeida, a teoria crítica do direito é representada por várias correntes teóricas que possuem como objetivo comum à emancipação do direito, visando que as conquistas democráticas não sejam “perdidas”, tratando-se de uma teoria que é formada por um movimento de pensamento aberto que busca a desmitificação de concepções teóricas que criam uma realidade social injusta.<sup>285</sup>

O contexto da teoria crítica do direito se define pela união entre a teoria e a experiência (aproximação ao real concreto) e a ciência do direito como um instrumento de transformação e compromissada com a realidade social e como acentua Wolkmer, “seus pressupostos de racionalidade são “críticos” na medida em que articulam, dialeticamente, a “teoria” com a “práxis”, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica”.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação**. 2005, p. 2.

<sup>285</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 160.

<sup>286</sup> WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit, 2005, p. 3.

O pensamento jurídico crítico, como já dito, objetiva uma concepção emancipadora em torno do direito, mas não apenas isso. Almeida, citando Miaille, enfatiza que a teoria crítica do direito, também, é representada pelo descobrimento das realidades sociais, aproxima-se da sociedade contemporânea.<sup>287</sup>

E com a contribuição de Wolkmer, entende-se que há um novo tipo de homem nas sociedades contemporâneas, portanto, a teoria crítica tem como objetivo a definição de um projeto que possibilite a mudança da sociedade. E diz: “trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado”.<sup>288</sup>

A epistemologia surge com questionamentos críticos diferenciados, que visam o conhecimento da real pretensão do neopositivismo, indaga-se sobre a verdade que é estabelecida por esta teoria. Questiona-se, portanto, a origem e o conceito da verdade (pretensão da verdade) que foram impostos pelo positivismo (neopositivismo). Foge-se do acaso das criações científicas e se busca o concreto, o real, afastando-se, inclusive da neutralidade do positivismo jurídico.

Coelho diz que é ilusório objetivar que importantes realizações da humanidade surjam como invenções súbitas, ou seja, por uma espécie de iluminação interior que leve a consciência da verdade. O autor relata que o acaso, que muitas vezes é atribuído às criações científicas, não condiz com a realidade, pois, trata-se na verdade, de um grande engajamento de muitos cientistas em seus trabalhos e pesquisas por uma dedicação intensa, tanto no âmbito prático como teórico, que vislumbra uma descoberta, ou tentativa desta, ou até mesmo para a elaboração de algo “desconhecido”, sendo que nesse contexto, a concepção de “acaso” desaparece e, concluindo o autor que “[...] os espíritos intuitores, que adquirem a capacidade de “ver” fora dos estereótipos metodológicos, não são seres auto-suficientes e muito menos autocriados, mas produzidos por fatores genéticos, socioculturais e ambientais”.<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p.164.

<sup>288</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2001, p. 9.

<sup>289</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 53-55.

Como, também, afirma Coelho:

A epistemologia crítica responde, portanto, no plano objetivo da sociedade como objeto de um saber, à proposta marxiana da undécima tese: ‘Os filósofos não fizeram mais do que interpretar o mundo de forma diferente: trata-se, porém, de modificá-lo. Só que essa modificação exige o engajamento teórico e prático do cientista, sua inserção consciente no seu próprio meio social, sua ‘participação’. Muito mais do que a procura de um modelo metodológico ou científico, a pretensão do pensamento crítico é evitar o aprisionamento por quaisquer estereótipos e, assim, abandonar-se ao livre fluir da criatividade. Mais importante do que fazer ciência é conscientizar-se do papel criador e transformador do cientista, tanto na natureza quanto na sociedade. Mais importante do que o padrão metodológico é o projeto político, e mais importante do que a descrição do projeto é a sua realização’.<sup>290</sup>

O pensamento jurídico crítico é construído pela busca da verdade na atividade humana em sociedade e na natureza (*práxis*<sup>291</sup>), ou seja, em uma dimensão social, entendendo o ser humano como um ser social, o que difere do pensamento jurídico tradicional.

Na realidade, questiona-se o pensamento jurídico tradicional em vários aspectos, sendo muitos deles de premissas básicas e fundamentais, como aspectos da cientificidade e da completude.

Trata-se de destacar o direito em seu caráter ideológico, como diz Almeida, “buscando a sua equiparação à Política, dentro de um discurso que, estabelecido com base em uma prática libertária e transformadora, objetiva combater o uso do Direito como técnica e instrumento de manutenção da hegemonia da classe dominante”.<sup>292</sup>

Para os estudos epistemológicos críticos, identifica-se o direito com o bem comum, com a justiça e a igualdade, e não como instrumento das classes dominantes ou simplesmente como mera técnica de aplicabilidade do poder. Retira-se a neutralidade do direito.

<sup>290</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 64.

<sup>291</sup> Luiz Fernando Coelho apresenta a seguinte definição de práxis: “Como categoria do pensamento crítico o conceito de práxis procede de Hegel, mas tem seu pleno desenvolvimento teórico no contexto da filosofia marxista, articulando com as categorias precedentes, a sociedade, a ideologia e a alienação. A etimologia da palavra nos revela o significado, em grego, de uma atividade dirigida a um fim, sentido que se mantém na semântica da palavra, mas acrescido das idéias de conscientização e transformação [...] Em suma, práxis é trabalho consciente, o qual pode ser considerado em três planos: como atividade intelectual, como trabalho propriamente e como atividade política”. Ibid., p. 143-144.

<sup>292</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 164.

O direito não se isola das relações sociais que o produzem e, por conseguinte, o jurista (que interpreta e aplica o direito) não pode ser possuidor de uma neutralidade. Dessa forma, o direito é um produto das relações sociais e não é uma produção racional, pois que nele estão inseridas as emoções, afetos, prazeres, angústias, valores daqueles que o produzem.

Por fim, tem-se que o direito, na concepção da teoria crítica do direito, é um instrumento de transformação com justiça da realidade social que se emancipa.

Em relação à hermenêutica jurídica na teoria crítica do direito, propõe-se uma superação da dogmática jurídica tradicional, isso tanto no aspecto legalista como nos aspectos conceituais e analíticos.

Mas, a superação proposta não se direciona apenas a dogmática jurídica, mas, também, a zetética, em seus aspectos teleológico, sociológico, axiológico, realista e culturalista. Sendo essas reavaliações fundamentais, pois, pela teoria crítica do direito, o direito continua sendo tratado e aplicado como um instrumento de denominação, tanto pela dogmática jurídica tradicional como pela zetética.<sup>293</sup>

Ou seja, com a superação do pensamento jurídico clássico que é centrado no positivismo e na dogmática, altera-se o pensamento sistemático para o pensamento problemático, que vê o direito, também, como um problema<sup>294</sup>.

O que se propõe é uma visão que liberta, emancipa e constrói de acordo com a realidade social. Sendo características da teoria crítica de direito a abertura de ideias e a flexibilidade das concepções. São concepções que se afastam dos preconceitos e de barreiras sobre a racionalidade.

Nesse contexto, a teoria e a práxis trabalham em conjunto, em uma forma de complementaridade. Sendo sua proposta de metodologia a “dialética da participação” que, conforme explica Almeida: “a qual exige uma interação interdisciplinar efetiva, que tenha o condão de abranger várias dimensões teóricas num compromisso não só de compreender e interpretar, mas principalmente de compreender e interpretar para transformar a realidade”.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 165-166.

<sup>294</sup> Ibid., p. 173.

<sup>295</sup> Ibid., p. 168.

Pelos conceitos e concepções defendidos pela teoria crítica do direito, podem ser observados importantes passos que levam à evolução interpretativa das diretrizes constitucionais, principalmente, na compreensão da nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada, no recebimento dos direitos coletivos como direitos fundamentais, bem como, no entendimento do processo como garantia de direitos fundamentais, o que representa um processo realizado e efetivado sob a luz da Constituição.

Essa nova forma de pensar o direito, possibilita um repensar do processo coletivo a partir de uma compreensão ampla de direitos fundamentais, de Estado Democrático de Direito e de concretização de garantias fundamentais e constitucionais, pois, as bases interpretativas, até então defendidas pela dogmática jurídica tradicional, é repensada a partir da nova realidade social que aponta para a necessidade premente de concretizações e não de, apenas, meras retóricas introdutórias e formalistas.

## 5.2 Acesso à justiça (acesso à jurisdição)

O acesso à justiça é um dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição democrática brasileira. Mas, o grande desafio dos sistemas jurídicos é a efetivação deste direito em todos os seus aspectos.

Conforme Cappelletti e Garth: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos Direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os Direitos de todos”.<sup>296</sup>

E ainda, os autores supracitados explicam que “nos séculos XVIII e XIX, nos estados liberais burgueses, o Direito de acesso à justiça era compreendido apenas em seu aspecto formal, correspondendo a uma igualdade também apenas formal, mas não efetiva”.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

<sup>297</sup> Ibid., p. 9.

Na atualidade, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é muito mais do que um direito de peticionar e provocar a jurisdição, tratando-se, pela visão constitucional, de um direito fundamental que garante o acesso a um processo constitucionalizado e democrático e, por fim, um processo efetivo.<sup>298</sup>

E ainda, como salienta Kasuo Watanabe é “o acesso a uma ordem jurídica justa”.<sup>299</sup>

Cappelletti e Garth lecionam que a terminologia de “acesso à justiça” não é fácil de ser definida, mas, no que diz respeito ao sistema jurídico que possibilita que as pessoas resolvam ou reivindiquem seus direitos diante e sob os preceitos legais que são impostos pela função jurisdicional do Estado, podem ser determinadas duas finalidades básicas: a primeira refere-se à acessibilidade que deve estar à disposição de todos de maneira igualitária; a segunda refere-se ao resultado, pois, o sistema deve produzir resultados justos, tanto no aspecto individual como social.<sup>300</sup>

Como, também, salutar a exposição feita pelo Ministro Herman Benjamin que realça a importância do acesso à justiça, assim, dispõe:

[...] 5. **O acesso à Justiça não é garantia retórica, pois de sua eficácia concreta depende a realização de todos os outros direitos fundamentais.** Na acepção que lhe confere o Estado Social, a expressão vai além do acesso aos tribunais, para incluir o acesso ao próprio Direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e avessa à presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva). 6. Se a regra do Ancien Régime era a jurisdição prestada individualmente, a conta-gotas, na sociedade pós-industrial, até por razões pragmáticas de eficiência e de sobrevivência do aparelho judicial, tem-se no acesso coletivo a única possibilidade de resposta à massificação dos conflitos, que se organizam em torno de direitos e interesses difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos (art. 81, do CDC). 7. Além de beneficiar as vítimas, que vêem suas demandas serem resolvidas de maneira uniforme e com suporte institucional, a legitimação ad causam do Ministério Público e das ONGs para a propositura de Ação Civil Pública prestigia e favorece o próprio Judiciário, que, por essa via, sem deixar de cumprir sua elevada missão constitucional, evita o dreno de centenas, milhares e até milhões de litígios individuais. [...] 12. A relevância social pode ser objetiva (decorrente da própria natureza dos valores e bens em questão, como a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde, a educação) ou subjetiva (aflorada pela qualidade especial dos sujeitos – um grupo de idosos ou de crianças, p. ex. ou pela repercussão massificada da demanda) [...]. (Processo: REsp 347752 SP 2001/0125838-3. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgamento: 08/05/2007. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 04/11/2009). Grifo nosso.

<sup>298</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1988, p.135.

<sup>299</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

<sup>300</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., 1988, p. 8.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolheu esse novo conceito de acesso à justiça, prevendo um conjunto de direitos e garantias individuais e coletivos, que completam esse amplo significado do acesso à justiça. Bem como, posteriormente, leis foram criadas objetivando este sentido amplo e irrestrito de acesso à justiça.

O que se tem, no aspecto normativo, é um acesso à justiça, melhor seria um acesso à jurisdição, que visa à aplicabilidade do direito como um instrumento de transformação com justiça da realidade social e, conseqüentemente, a concretização de direitos constitucionais e fundamentais que representam o Estado Democrático de Direito.

Em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a Constituição Federal renovou ao reconhecer a legitimidade das entidades de classe e associações. Este avanço, na realidade, reconheceu a tendência da coletivização dos conflitos diante da função jurisdicional, em consonância, portanto, com a realidade social.

Porém, com todas as inovações legais, os obstáculos ao acesso à justiça continuam a existir, tanto em aspecto individual como coletivo, sendo verificado que este direito não é efetivado de forma igualitária, portanto, podendo ser analisado como uma negação da cidadania, em afronta ao art. 1º da Constituição Federal.

O processo possui alto custo, o que o inviabiliza para classes de baixa renda, pode-se concluir que as barreiras econômicas afetam o acesso à justiça. Por consequência, têm-se as classes de pouca renda desprovidas da proteção judiciária, como explica Ana Lúcia Sabadell: “as barreiras econômicas encontram-se nos altos custos do processo, intimidando, sobretudo, as classes de baixa renda, que desistem da proteção judiciária por não poder em pagar as despesas ou porque não é satisfatória a relação entre o custo do processo e o benefício esperado”.<sup>301</sup>

A lentidão processual também é uma barreira ao acesso à justiça. Mas, um obstáculo que afeta definitivamente a efetivação deste direito é a falta de informação acerca dos direitos e deveres constitucionais que dispõe o indivíduo. Inclusive sobre a existência de uma assistência judiciária gratuita.

---

<sup>301</sup> SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

Como ressalta Almeida, a própria globalização acentua a problemática do acesso à justiça. O autor discorre sobre a realidade da sociedade contemporânea que é influenciada pelo fenômeno da globalização, sendo o acesso à justiça afetado em consequência do aumento da internalização do direito e do Estado, bem como, pela mundialização da economia que afeta a existência de todos e diz que, nesse contexto, o Brasil, por ser um País emergente, é mais afetado, pois, tem sua capacidade diminuída em relação à garantia e à proteção dos direitos dos cidadãos e da sociedade.<sup>302</sup>

A teoria crítica do direito entende que não há democracia sem acesso à justiça, bem como, não há sentido no direito sem efetivação. Não há como pensar no direito sem pensar em uma ordem jurídica adequada, onde são efetivados os direitos e garantias constitucionais.

Almeida cita Mauro Cappelletti e Bryan Garth, ao dispor que o acesso à justiça é o mais fundamental dos direitos: “pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é que depende a viabilização dos demais Direitos. Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito”.<sup>303</sup>

O autor conclui que o acesso à justiça é uma problemática atual e social, entendendo que é inaceitável o enfoque meramente dogmático-formalista. Citando Cappelletti como um dos estudiosos mais autorizados a falar sobre o assunto, relata:

Cappelletti, um dos estudiosos mais autorizados a falar sobre a matéria, esclarece que o dogmatismo jurídico é uma forma degenerativa do positivismo jurídico, que conduziu a uma simplificação irrealística do próprio Direito ao seu aspecto normativo, deixando de lado outros valores não menos importantes, relacionados aos sujeitos, às instituições, aos procedimentos, aos deveres e às responsabilidades das partes, dos juízes e dos próprios juristas.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). 2003, p. 64.

<sup>303</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 170.

<sup>304</sup> Idem, p. 170.

### 5.2.1 Dogmatismo-formalista

O estudo, a interpretação e, conseqüentemente, a aplicação do direito na atualidade, ou pelo pensamento jurídico clássico, distanciam-se dos aspectos sociais e humanos ou, ainda, da realidade da sociedade. E o que predomina é a dogmática-formalista, afastando outra qualquer perspectiva.

Para Eros Grau, os positivistas normativistas são todos “cientistas” que ignoram a realidade vivenciada pela sociedade, porém, salutar a citação na íntegra das palavras do autor:

Os positivistas normativistas são, todos, olímpicamente, “cientistas”; e, enquanto tal, ignoram a realidade e o social; podem, até mesmo (!), ser dotados de sentimento de sociabilidade, mas, enquanto “cientistas”, estão envolvidos com coisa distinta do Direito, as normas jurídicas; como tal, põem-se a serviço da justificação de qualquer ordem, desde que válida; não importa que essa ordem seja iníqua, oprima o homem e a dignidade do homem; eles são “cientistas”, técnicos, e se recusam a, enquanto “juristas”, fazer política – estão tranqüilos, tantas vezes em que funcionam como justificadores da iniquidade, porque são “cientistas”. Seja por ignorância, seja por conveniência, sustentam a neutralidade da ciência ... Supõem que o cientista é destituído de consciência – os ‘cientistas’ são dotados de licença para matar.<sup>305</sup>

Essa insatisfação pelo dogmativismo normativista, também, é relevada por Wolkmer que diz: “não se pode desconsiderar a significação do ‘pensamento crítico’ como expressão mais autêntica da insatisfação de grandes parcelas de juristas e doutrinadores acerca da predominante formulação ‘científica’ do Direito e de suas formas de legitimação dogmática”.<sup>306</sup>

Coelho faz a ressalva de que o positivismo perdeu a força nas duas grandes guerras, pelo menos em relação aos aspectos filosóficos e políticos atinentes à juridicidade. Para o doutrinador, na atualidade “verifica-se um retorno ao humanismo, aos Direitos humanos, ao restabelecimento da concepção do Estado como instrumento a serviço do homem, o Estado como meio e não como fim em si mesmo”.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

<sup>306</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2001, p. XIV.

<sup>307</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 304.

Pelo levantamento doutrinário, o direito positivo, por seus estudos focados na “razão”, foi importante e justificou-se no século XIX, mas, na atual realidade social, não se justifica mais, pois, o positivismo não se preocupa com valores fundamentais de uma sociedade.

Como, também, houve uma desvalorização do termo “direito positivo” pelo fortalecimento do positivismo filosófico. O positivismo sempre teve a preocupação com a realidade racional, ou seja, uma perspectiva voltada à razão ou que estivesse ao alcance da razão e não à realidade social propriamente dita.

Para Coelho, o positivismo “desprezou a metafísica e, com relação à ética e à religião, apenas as considerava na medida em que pudessem constituir-se em objeto de pesquisa empírica, isto é, como fato social”.<sup>308</sup>

Por fim, sobre a dogmática-normativista (positivismo jurídico), Wolkmer afirma a visão e o entendimento da teoria crítica do direito que tem como um dos objetos de suas críticas à teoria ora analisada e apontada.

A teoria crítica do direito não tem vínculo com o positivismo jurídico, com o jusnaturalismo e nem mesmo com o realismo sociológico, estes, na realidade, são seus objetos de crítica. Para o autor: “pretendia-se, desse modo revelar como, através do ensino jurídico dessas doutrinas idealistas e formalistas, eram encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado na reprodução das sociedades capitalistas”.<sup>309</sup>

Concluindo, o acesso à justiça não pode ser compreendido e interpretado com o enfoque meramente dogmático-formalista, deve ser compreendido pelas normas constitucionais, ou seja, por regras e princípios que constroem e efetivam o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>308</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2001, p. 178.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 17.

### 5.2.2 A nova visão do acesso à justiça

A atenção dos cientistas, juristas e operadores de direito deve estar direcionada a realidade social e não apenas a normatividade abstrata, salientando-se que a própria Constituição Federal não ignora a realidade social, ao contrário, sua estruturação democrática já representa esse reconhecimento.

Pela concepção da teoria crítica do direito, busca-se, acima de tudo, a efetivação de direitos e garantias constitucionais. O discurso deixa de ser utópico e retórico e passa a atender as necessidades sociais.

O direito deixa de ser “o pai de todos”, afasta-se da ilusão de uma justiça acima da própria realidade ou, ainda, da ilusão de uma justiça pré-determinada, pronta e acabada e aproxima-se da realidade social, passando a ser um instrumento de transformação social.

O Estado Democrático de Direito deixa de ser apenas formal e passa a existir na prática, garantindo a cidadania democrática. A teoria se aproxima da *práxis*. A realidade social, a qual está inserida a ordem normativa, passa a ser a preocupação fundamental.

Na atualidade, os juristas, que antes se concentravam, apenas, na ordem jurídica, são incumbidos a direcionar suas atenções à realidade social, como, principalmente, à efetivação dos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos.<sup>310</sup>

Observa-se que a nova visão da teoria crítica do direito não renega a normatividade e nem as teorias já construídas, mas, defende a consideração da teoria e das atividades sociais e valoriza, acima de tudo, a sociedade, as pessoas, as instituições, o que realça e garante a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.<sup>311</sup>

Na nova visão da teoria crítica do direito o acesso à justiça é ampliado e todo meio legítimo de proteção aos direitos fundamentais é relevante, como Almeida especifica, “como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública etc.”, são meios alternativos de acesso à justiça.

---

<sup>310</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 170.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 171.

E sendo obtido o acesso ao judiciário, não apenas devem ser aplicados os princípios constitucionais ao processo, mas, o resultado fornecido por este instituto deve ser efetivo e adequado, pois, a decisão proferida irá afetar todos os envolvidos.<sup>312</sup>

Nesse contexto, como observa Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a democracia participativa insere no âmbito processual “uma cidadania processual”, pois, todos os envolvidos ao caso concreto passam cooperar na construção de uma decisão.<sup>313</sup>

A ciência jurídica deve ser vista como uma ciência prática, justifica-se tal conceito pelo fato do direito não ser uma ciência “estática”, mas sim possuidora de uma dinâmica constante que é motivada pela própria atividade humana na sociedade.

O direito é um reflexo social que se efetiva no caso concreto. Tratando-se, pois, de uma ciência aberta e transformadora da realidade social, sendo sua verdadeira legitimação a efetivação dos direitos.<sup>314</sup>

### 5.3 A efetividade do processo coletivo como garantia fundamental

A teoria se une à práxis e ao resultado na concepção democrática de direito, como relata Almeida: “a concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e *práxis*, entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade”.<sup>315</sup>

Pela nova teoria crítica do direito, o processo coletivo é uma garantia fundamental que é inerente à coletividade.

Observa-se que, pela teoria, é necessária maior atenção tanto dos legisladores ao elaborarem as normas processuais coletivas como da função jurisdicional ao aplicar tais normas, sendo o objetivo final a efetividade desta garantia fundamental e, conseqüentemente, a concretização de direitos fundamentais coletivos.

---

<sup>312</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 171.

<sup>313</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

<sup>314</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit., 2010, p. 172.

<sup>315</sup> Idem.

O número de demandas processuais aumentou consideravelmente nos últimos tempos. Os processos coletivos se encontram dia a dia mais numerosos no judiciário, tratando-se, também, de um reflexo do constitucionalismo democrático, que diante da explosão da coletivização dos conflitos sociais, aponta diversos instrumentos de tutela coletiva de direitos.

Além disso, salienta-se que problemas como a falta de moradia, de educação, de saúde, enfim, de uma vida digna, não afligem apenas alguns brasileiros, ao contrário, atingem uma grande maioria de brasileiros.<sup>316</sup>

Por todas estas situações reais que afetam a sociedade, é prioridade que os litígios sejam recebidos de forma coletiva. Não podendo haver, portanto, ausência de aplicabilidade e efetividade do direito popular.

A participação dialética no processo, no sentido metodológico, é um dos meios para que o direito transforme a realidade social, ou seja, a dialética da participação e também uma dialética da transformação. Para tanto, deve haver um projeto político e jurídico que inclua os cidadãos, projetos em que não há a inconsciência dos cidadãos. Sendo este o principal sentido metodológico da teoria crítica do Direito.<sup>317</sup>

No que diz respeito à participação dialética no processo coletivo, além da importância da garantia do devido processo legal que se sobressai o princípio do contraditório, por mais que não existem partes, mas sim, interessados, atenta-se para a efetivação de todo o meio idôneo e legal que garanta esta participação, como por exemplo, as realizações de audiências públicas.

E como enfatiza Almeida, o direito percebido como instrumento transformador da realidade social, distancia-se da concepção de mera técnica de dominação ou mera técnica jurídica, uma vez que, pela nova concepção, o direito se mostra em perspectivas abertas e flexíveis.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> Nesse sentido, Wolkmer salienta que “ao contrário das condições sociais, materiais e culturais reinantes nos países centrais do Primeiro Mundo, nas sociedades latino-americanas, as demandas e as lutas históricas têm como objetivo a implementação de direitos em função das necessidades de sobrevivência e subsistência da vida”. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: novo paradigma de legitimação. 2005, p. 8.

<sup>317</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2003, p. 395.

<sup>318</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 169.

As ações coletivas, segundo Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, são de relevância política e social, assim, elencam exemplos de motivações políticas e sociológicas: redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social; evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana; maior previsibilidade e segurança jurídica. Dentre as motivações sociológicas, apontam os autores: o “aumento das ‘demandas de massa’ instigando uma ‘litigiosidade de massa’, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea”.<sup>319</sup>

A partir do Estado democrático surge o princípio da supremacia dos direitos fundamentais que, conforme Bonavides: “compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto Direito constitucional de cúpula”, lembrando o autor que “não há constitucionalismo sem Direitos fundamentais”.<sup>320</sup>

A mudança da *summa divisio* clássica para a *summa divisio* constitucionalizada, afeta diretamente o instituto de acesso à justiça, no sentido de ampliar as possibilidades de busca da efetivação de direitos fundamentais de forma individual ou, conforme o caso, de forma coletiva.

O que se busca na realidade, não é apenas o reconhecimento constitucional de direitos, mas sim, a efetivação destes. Ou ainda, salienta-se que a doutrina defensora dos princípios constitucionais não é mais suficiente, agora o momento exige a efetivação destes direitos, princípios e garantias constitucionais. E conforme ensina Almeida, o próprio acesso à justiça representa a efetivação de direitos:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos Direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 129, III, etc.), e também ao determinar a aplicabilidade imediata dos Direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, § 1º). A *aplicabilidade imediata dos Direitos e garantias constitucionais fundamentais* é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem

<sup>319</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 37.

<sup>320</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 587-588.

incidência tanto em relação aos Direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais quanto aos coletivos.<sup>321</sup>

O autor conclui que o acesso à justiça deve ser compreendido não apenas no âmbito individual, mas, também (e principalmente) no âmbito coletivo, isso em conformidade com a teoria dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988.<sup>322</sup>

Assim, o direito fundamental de se ter acesso à jurisdição e, mais especificamente, de se ter acesso ao judiciário, é um direito que abre o caminho para a efetivação de vários outros direitos e garantias, entre eles o direito de se ter um processo coletivo constitucional e concretizador de direitos fundamentais coletivos consagrados pelo Estado Democrático de Direito.

### *5.3.1 Demandas coletivas e Políticas Públicas*

É papel da Administração Pública a efetivação de ações e programas que visem o bem comum da sociedade, objetivando a concretização dos preceitos constitucionais gerais e abstratos. Tais conjuntos de atividades são denominados de políticas públicas.

Para a realização de despesas pelos poderes públicos, a Constituição Federal de 1988 foi categórica ao determinar que, sem previsão orçamentária e correspondente disponibilidade financeira, os órgãos públicos não podem efetuar qualquer tipo de despesa. Assim, muitos órgãos estatais, não cumpridores de suas obrigações legais e sociais, apoiam-se nesta disposição constitucional, o que, certamente, não justifica a ineficácia estatal.

No entanto, para um maior controle jurídico e social, o direito, na atualidade, mostra-se mais atuante nas questões que envolvem as políticas públicas, pois, estas atividades representam as efetivações dos fins de direito e democráticos determinados pela Constituição.

---

<sup>321</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento**. 2010, p. 174.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 174.

É relevante, na aplicabilidade do novo pensamento sobre o direito individual, o direito coletivo e o amplo acesso à justiça, a efetividade das demandas coletivas em relação às políticas públicas.

A função jurisdicional, necessariamente, torna-se mais atuante diante da ausência de políticas públicas, as quais são justificadas pela insuficiência ou indisponibilidade financeira, isto é, a chamada reserva do possível. Simplificando, a Administração Pública alega que não existem verbas para as implementações de políticas públicas.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover diz: “observa-se, em primeiro lugar, que não será suficiente à alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração [...]”.<sup>323</sup>

A autora afirma que a frequente justificativa da “reserva do possível”, pode impulsionar o poder judiciário às condenações do poder executivo. Assim, sendo imposto à Administração Pública obrigações de fazer em duas etapas: “primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”.<sup>324</sup>

Elucida a autora que, “todas as espécies de ações – coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas”.<sup>325</sup>

Pesquisando sobre o tema, verifica-se que a fundamentação para a referida afirmação de Grinover, tem origem nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados no artigo 3º da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>326</sup>

<sup>323</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 1. p. 11.

<sup>324</sup> Ibid., p. 12.

<sup>325</sup> Ibid., p. 20.

<sup>326</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

No que diz respeito a não efetivação de políticas públicas ou programas sociais que afeta toda a sociedade, Almeida se manifesta no sentido de não ser cabível, principalmente por ser inconstitucional, o poder público, por exemplo, não fornecer medicamentos pela justificativa de falta de reserva orçamentária, mas por outro lado, é totalmente cabível que o poder judiciário se manifeste na omissão do poder público, pois, esse é o defensor da Constituição Federal e assim, o autor expõe:

Não é razoável que o Poder Judiciário deixe de providenciar a reforma em determinado sistema penitenciário, em que presos estão morrendo, sob a alegação de falta de previsão orçamentária. Não é razoável e constitucional que o Poder Judiciário deixe de fixar obrigação específica ao Poder Público de construir uma creche em determinada localidade, em relação à qual foi apurada a sua real e premente necessidade, sob a alegação de falta de previsão orçamentária, com fundamento na denominada “teoria da reserva do possível”. A principal função do Poder Judiciário, sendo esta a sua *especificação funcional*, é fazer cumprir a Constituição, especialmente no plano dos direitos fundamentais sociais, em relação aos quais estão intimamente ligados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88).<sup>327</sup>

Para o Estado alcançar os objetivos traçados no artigo 3º da Constituição Federal é necessária a participação efetiva de suas três funções: legislativa, executiva e judicial. Lembrando que, por mais que sejam funções independentes, devem atuar de forma harmônica.

Nesse sentido, Grinover afirma: “mas os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados”.<sup>328</sup>

Porém, a autora faz a ressalva de que o Estado deve alcançar tais objetivos fundamentais com a prevalência dos direitos humanos e fundamentais, surgindo, portanto, o Estado Democrático de Direito. Para Grinover o Estado deve: “se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito.”<sup>329</sup>

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 out. de 2013.

<sup>327</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito público e Direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. 2008, p. 467-468.

<sup>328</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2010, p. 4.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 3.

Por importantes fundamentações, entende Grinover que a intervenção do poder judiciário pode ocorrer nas políticas públicas através do processo coletivo (e também individual), desde que sejam respeitados os limites que impedem o excesso judicial, sendo eles: “*i.* a restrição à garantia do mínimo existencial; *ii.* A razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; *iii.* A reserva do possível”.<sup>330</sup>

Por mais que esses limites devam ser considerados, é importante salientar que a justificativa da “reserva do possível” não pode ser utilizada em detrimento da aplicabilidade imediata dos direitos individuais e coletivos fundamentais, como diz Dimoulis e Martins: “consideramos que a reserva do possível não pode ser utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais [...]”.<sup>331</sup>

Pela teoria crítica do direito, por exemplo, no caso concreto em que for requerido do Estado à integralidade da assistência à saúde de forma coletiva (ou individual), aplicam-se todos os conceitos e princípios constitucionais que tutelam o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e humanos e, somente, dessa forma, poder-se-á alcançar a efetividade do processo democrático e, conseqüentemente, atender as necessidades sociais. Assim, tem-se o direito como instrumento de transformação com justiça da realidade social.

É fundamental a participação do poder judiciário e como afirma Almeida, a concretização do Estado Democrático de Direito é função principal do poder judiciário, para tanto, seus membros devem estar conscientes de seus deveres e suas interpretações constitucionais e legais devem visar à proteção dos direitos e garantias constitucionais, bem como, a efetivação desses direitos e garantias que comportam tanto os direitos individuais como os coletivos.<sup>332</sup>

E pela importância do poder judiciário, saltares as citações de algumas decisões jurisdicionais que envolvem questões voltadas à saúde, que, na realidade, realçam o art. 196 da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

---

<sup>330</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2010, p. 19.

<sup>331</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2009, p. 93.

<sup>332</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. 2003, p. 150.

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.<sup>333</sup>

Assim, são apresentadas quatro decisões judiciais como demonstrações da atuação do poder judiciário.

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.<sup>334</sup>

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.<sup>335</sup>

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.<sup>336</sup>

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes

<sup>333</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 de jan. de 2014.

<sup>334</sup> **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.

<sup>335</sup> **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011. No mesmo sentido: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, DJ de 24-11-2006.

<sup>336</sup> **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010. Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>337</sup>

E, finaliza-se com a observação de que muito mais do que teorização sobre os direitos humanos e fundamentais, tais direitos precisam ser respeitados e efetivados, com o pressuposto para uma vida digna e justa para todos os povos, portanto, pela atualidade das sociedades, busca-se a concretização de tais direitos.

E qualquer lei que tenha como objeto o direito coletivo ou o processo coletivo, bem como, qualquer anteprojeto ou projeto de lei que tenham como objeto tais direitos, devem ser pautados nas diretrizes já consagradas pela Constituição Federal de 1988.

Como enfatizam Dierle Nunes e Flaviane de Magalhães Barros:

Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito”.<sup>338</sup>

E como diz Bobbio: “o grave problema de nosso tempo com relação aos Direitos do homem não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los”.<sup>339</sup>. E poder-se-ia completar: e *efetivá-los*.

<sup>337</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.

<sup>338</sup> NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães Barros. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Coords.). **Reforma do Processo Civil**. Perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 20.

<sup>339</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 1992, p. 25.

## CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo trabalho apresentado, procurou-se demonstrar que a partir da Constituição Federal de 1988 é possível identificar uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada que consagra duas espécies de direitos, individual e coletivo.

O marco teórico utilizado para a referida demonstração foi a tese defendida por Gregório Assagra de Almeida que, também, conceitua o direito como instrumento de transformação com justiça da realidade social.

Para tanto, foram apresentadas fundamentações que constataam que o Texto Constitucional não recepcionou a *summa divisio* clássica, ou seja, direito público e direito privado.

Pelas fundamentações apresentadas, constatou-se que, segundo o modelo de Estado adotado pelo Brasil, de Estado Democrático de Direito, não é mais possível a utilização do direito público em detrimento de direitos individuais e coletivos, o que significa que o dualismo Estado e sociedade está ultrapassado.

E essa não utilização é determinada pela própria Carta Magna que consagra como direitos fundamentais o direito individual e o direito coletivo. Pelas disposições constitucionais, os direitos coletivos, como os direitos individuais, são direitos fundamentais que possuem aplicabilidade imediata.

A aplicabilidade imediata depende de um processo coletivo que atenda as peculiaridades da própria jurisdição coletiva. Portanto, não é admissível e nem mesmo possível, a aplicação de conceitos e concepções individualistas em processos que vislumbram a coletividade.

Como também, não há justificativa para a inaplicabilidade das normas (regras e princípios) constitucionais no desenvolver do processo coletivo, o que representaria a violação de direitos coletivos fundamentais.

Não se justifica a referida inaplicabilidade, pelo fato de ser a legislação coletiva esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, pois, é na própria Constituição Federal que fundamentações são apresentadas de forma a garantir a efetivação da tutela coletiva. Para tanto, há que se ter a visão constitucional do processo.

Objetivando essa visão constitucional do processo, foi analisada a evolução do pensamento teórico constitucional processual como uma importante contribuição na aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais coletivos.

Foram analisadas as teorias constitucionais processuais, apresentando-se seus precursores em sistematização cronológica, ou seja, Eduardo Couture, José Alfredo de Oliveira Baracho (com influência dos estudos realizados por Fix Zamúdio), Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, para, posteriormente, ser analisada a compreensão de tais teorias na doutrina brasileira.

Por tais concepções, observou-se que o devido processo legal é fundamentado pelas próprias disposições constitucionais. O que possibilita não apenas um processo judicial constitucional, mas, também, um processo administrativo constitucional e um processo legislativo constitucional. Bem como, um processo coletivo constitucional. Criou-se a teoria geral do processo constitucional.

Por esta nova forma de pensar o processo, o Estado Democrático deve ser efetivado com a interpretação ampliativa do acesso à Justiça, sendo possibilitado, a qualquer do povo, o exercício da cidadania coletiva. E se o povo é visto como incapaz no sentido jurídico, político e social, prepara-se o povo, proporcionando educação e condições que valorizem a dignidade da pessoa humana.

As políticas públicas devem ser efetivadas em benefício da população, assim, prepara-se um futuro condizente com os anseios da população brasileira.

Porém, constatou-se que para a concretização do sonho democrático, deve-se ter à crítica científica como aliada nas transformações de dogmas e paradigmas que não atendem mais a atual sociedade contemporânea, o que significa que concepções absolutas, autoritárias e unilaterais não são mais adequadas e necessárias para a construção do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse âmbito de pesquisa, o marco teórico utilizado foi a teoria crítica do direito, apresentada por Luiz Fernando Coelho e adotada por Gregório Assagra de Almeida.

Pela teoria em questão, a interpretação constitucional do processo se desenvolve por uma visão crítica da atual realidade da sociedade e da ciência do direito, propõe-se a união da teoria e da práxis, do direito e da efetividade material.

Tem-se o direito como uma ciência aberta e transformadora da realidade social, sendo sua verdadeira legitimação a efetivação dos direitos. Ou seja, condizente com o propósito da pesquisa realizada, a efetivação de direitos coletivos fundamentais.

Em suma, para realização da pesquisa foram analisadas teorias que se complementam na efetivação da tutela coletiva e do processo coletivo, sendo elas: a teoria da nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada - direito individual e direito coletivo, por Gregório Assagra de Almeida, as concepções das teorias constitucionalistas processuais e a teoria crítica do direito, por Luiz Fernando Coelho.

Podendo-se apresentar de maneira concisa e pelas teses analisadas, que o (re)pensar do processo coletivo deve ser pautado nas seguintes premissas constitucionais:

1. a *summa divisio* direito público e direito privado não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988;
2. a nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada adotada pela Constituição Federal de 1988 é o direito individual e o direito coletivo;
3. a partir da nova *summa divisio*, o direito coletivo passa a ser um direito fundamental com aplicabilidade imediata;
4. a partir da nova fase do constitucionalismo brasileiro, existem dois tipos de processo judicial: processo de tutela jurídica de direito individual (função privada do Estado) e processo de tutela jurídica de direito coletivo (função pública do Estado);
5. o processo coletivo é garantidor dos direitos coletivos fundamentais;
6. para a efetivação dos direitos coletivos, deve-se atentar para o devido processo constitucional, que tem como normas, os já consagrados princípios e garantias constitucionais;

7. para a concretização do sonho democrático e dos direitos fundamentais, deve-se afastar dogmas e paradigmas que não atendem mais a atual sociedade contemporânea brasileira, que vive em constantes transformações, portanto, deve a ciência do direito ser dinâmica e se atualizar, assumindo sua verdadeira função de transformação da realidade social;
8. assim, tem-se o direito coletivo que é um direito fundamental, garantido por um processo coletivo constitucional e pela abertura e flexibilidade de pensamentos críticos que invocam a concretização do Estado Democrático de Direito, em conformidade com a Constituição Federal de 1988;
9. o poder judiciário possui importância na efetivação do processo que tutela o direito individual e no processo que tutela o direito coletivo. No que diz respeito à ausência de políticas públicas, ou seja, inércia do poder executivo, é dever do poder judiciário se manifestar. Nesse contexto, o processo coletivo torna-se um instrumento constitucional em benefício da coletividade;
10. por mais que não exista um sistema único processual coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas (regras e princípios – explícitos ou implícitos) constitucionais devem ser aplicados, de forma imediata, no desenvolver do processo coletivo, em conformidade com a Constituição Federal brasileira de 1988.

E, objetivando a conclusão do trabalho desenvolvido, responde-se, de maneira objetiva, a questão inicialmente formulada. Assim, são destacadas a pergunta inicial e a resposta conclusiva:

*a partir da nova summa divisio constitucionalizada direitos individuais e coletivos, da exigência democrática referente à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam os direitos coletivos, como pensar o direito processual coletivo no contexto de uma legislação fragmentada?*

O pensar ou o repensar do direito processual coletivo, a partir da nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada, direito individual e direito coletivo, em primeiro momento, deve se pautar através das diretrizes constitucionais que consagra o direito coletivo como direito fundamental que possui aplicabilidade imediata. Mas, essa sequência de entendimento e interpretação constitucional deve ser efetivada em uma perspectiva de concretização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, de transformação social, isto é, através da efetivação do processo coletivo, tem-se uma fundamental evolução ao caminho democrático brasileiro. Para tanto, mudam-se os paradigmas e os dogmas ultrapassados são substituídos por uma sistemática processual garantidora de direitos fundamentais. Aplicam-se (efetivamente) as normas constitucionais que já vigoram no ordenamento jurídico brasileiro. A teoria geral do processo constitucional, com todos os seus princípios e regras, é aplicada ao processo coletivo e há uma adequação no que diz respeito aos procedimentos em função da especificidade do direito coletivo, o que impõe um distanciamento dos preceitos individualistas pré-concebidos pelo desenvolvimento histórico do direito processual. Observa-se, no entanto, que a adequação se refere aos procedimentos peculiares do gênero (ou espécie) de direito coletivo, portanto, tratando-se de uma adequação meramente jurisdicional, porém, em perspectiva principiológica e constitucional. Por fim, nesse contexto, é irrelevante a forma de legislação coletiva fragmentada, pois, há um microssistema processual coletivo estruturado em última instância pela Constituição Federal de 1988, o que possibilita a efetividade dos direitos coletivos, não obstante a inexistência de um direito infraconstitucional único codificado.

Concluindo, agradecimentos aos autores citados, que conseguiram vislumbrar a possibilidade da concretização do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, isso com o que existe e não com o que não existe, ou seja, a Constituição Federal há 25 anos foi promulgada, acredita-se que o tempo foi suficiente para sua maturação. Portanto, é chegado o momento de sua verdadeira efetivação. Aplica-se a Lei Fundamental, pois, os objetivos fundamentais consagrados expressa ou implicitamente pela Constituição não podem ser considerados meros sonhos democráticos criados pelo legislador constituinte.

Mas, por fim, salutar a repetição da frase que inspirou a pesquisa realizada: *“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são EXECUTADAS, pois boas leis há por toda parte” (Montesquieu - 1748).*

## REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do Direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da summa divisio Direito público e Direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. V. 1. Belo Horizonte: Arraes em parceria com a Universidade de Itaúna, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. V. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. V. 1. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010, p. 159 - 177.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os Direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. V. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010, p. 209-245.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I Fondamenti Costituzionali Della Giustizia Civile**. Il Modello Costituzionale Del Processo Civile Italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz.. A tutela de Direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kasuo (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

**Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor**. Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <[http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias\\_detalhe.asp?campo=1533](http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=1533)>. Acesso em: 22 de jan. de 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco *et tal*. Constituição e Processo. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coords.). **A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-190, jul/dez, 2004. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>>. Acesso em: 22 de mar. de 2014.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Dimensões paradoxais da jurisdição constitucional. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Coords.). **Reforma do Processo Civil: perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>.

Acesso em: 25 de nov. de 2013.

BRASIL. **Lei n. 1.134 de 1950**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1134.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1134.htm)>. Acesso em 24 de nov. de 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 out. de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 25 nov. 2013.

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. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em 26 nov. 2013.

BRASIL. **Lei n. 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 18 set. 2013.

BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella, 1996, p. 2. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92-151.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001b.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de introdução ao direito**. Barueri, SP: Manole, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORDEIRO LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma. 1993.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 5. ed. Série Cadernos Didáticos. S/ ano.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Direito processual civil canadense. **Revista USP**. 2012. Disponível em:  
<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67951/70559>>. Acesso em: 22 de jan. de 2014.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Prefácio de Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 2. ed. rev., atual. Salvador: Podivim, 2007.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 19. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.  
GALUPPO, Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais? *In*: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos**: lei de responsabilidade fiscal, impropriedade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONCALVES, Aroldo Plínio, **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kasuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 1. p. 1 - 20.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo**. Disponível em: <[http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover\\_Direito\\_processual\\_coletivo\\_principios.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_Direito_processual_coletivo_principios.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria T. F. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. Teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LAGES, Cíntia Garabini. A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010a. v. 2, p. 105 – 123.

LAGES, Cíntia Garabini. **Devido processo legislativo**: por uma reconstrução da teoria do processo legislativo à luz da Constituição Federal de 1988 e do paradigma do estado democrático de direito. Belo Horizonte. 2010b. 185f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Professor Doutor José Marcos Rodrigues Vieira.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Convenção coletiva de consumo** – interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas – no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Imar Domingos. **As ações coletivas na sociedade contemporânea**. Resenha de MELUCCI, Alberto. *Acción Colectiva, Vida Cotidiana y Democracia*. México. El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, México, 1999. 260 p. Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC Vol. 1 nº 1 (1), agosto-dezembro/2003. Disponível em: <[www.emtese.ufsc.br](http://www.emtese.ufsc.br)>. Acesso em: 06 abr. de 2014.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. Título original: *L'Esprit des lois*. 1748. Disponível em: <[http://abelhas.pt/EBooks.PT.gratis/Economia\\*2c+Pol\\*c3\\*adtica\\*2c+Sociedade/montesquieu-o-espírito-das-leis,2447141.pdf](http://abelhas.pt/EBooks.PT.gratis/Economia*2c+Pol*c3*adtica*2c+Sociedade/montesquieu-o-espírito-das-leis,2447141.pdf)>. Acesso em: 20 de nov. de 2013.

MORAES, Maria Celina B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. São Paulo, v. 1, p. 4, jul./set. 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ. Disponível em: <[www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf](http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf)>. Acesso em: 19 de nov. de 2013.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY Júnior, Nelson. **Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I. 1992

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: Uma análise crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães Barros. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Coords.). **Reforma do Processo Civil**. Perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas-RS: ULBRA, 1998.

ONU. **DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 14 set. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Perspectivas para uma justiça global**. 2010. Disponível em: <<http://norbertobobbio.wordpress.com/2010/04/18/perspectivas-para-uma-justica-global/>>. Acesso em: 23 de mar. de 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini. **OACULT: proposta de criação de uma organização internacional de proteção à cultura no âmbito do continente Americano**. Belo Horizonte, 2009. 134f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Bruno Wanderley Júnior.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini. O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos Direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos Direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 1. p. 75-88.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 27 de nov. de 2013.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em 27 de nov. de 2013.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011. No mesmo sentido: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, DJ de 24-11-2006. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em 27 de nov. de 2013.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010. Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006; RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em 27 de nov. de 2013.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000. No mesmo sentido: AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012; RE 368.564, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-4-2011, Primeira Turma, DJE de 10-8-2011; STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010. Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em 27 de nov. de 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo: aprimoramento e modernização do Direito processual**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233 – 263.

VIEIRA, Suzana Camargo. A inserção do Brasil nos Sistemas Internacional e Regional de proteção aos Direitos Humanos. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno internacional**. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 2. p. 483-514.

WATANABE, Kazuo. A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: novo paradigma de legitimação. 2005. Disponível em:  
<[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=646](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=646)>. Acesso em 11 de abr. de 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: JusPODIUM, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.