CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFIEO
Faculdade de Direito

# A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Fábio Campos de Aquino

Osasco
Maio / 2005

Fábio Campos de Aquino

A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

T
A669s

Maio / 2005

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFIEO

Faculdade de Direito

# A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Fábio Campos de Araújo

Osasco
2005

Fábio Campos de Aquino

# A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

T
A669s

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFIEO**
**Faculdade de Direito**

# A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Fábio Campos de Aquino

**Osasco**
**Maio/2005**

FÁBIO CAMPOS DE AQUINO

# A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

*Dissertação apresentada à banca examinadora do Centro Universitário Fieo – Unifieo, para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração "Provimentos Executivos e Garantias Fundamentais e Instrumentos Processuais Constitucionais", dentro do projeto a Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa (Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais), sob orientação da professora doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz.*

**Centro Universitário Unifieo**

**Osasco**
**Maio/2005**

FUND. INST. DE ENSINO P/ OSASCO - BIBLIOTECA F.I.E.O.

CDU T
PHA A669s
ASS.

Banca Examinadora

Orientadora: _____

_____

_____

*Dedico este trabalho à memória de minha queria mãe que me deu senso de justiça e igualdade e, sempre lutou por uma sociedade justa e mais humana.*

*Ao grande Arquiteto do Universo.*

*À Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, que tenho como exemplo maior de garra e dinamismo na discussão jurídica ou acadêmica e, principalmente pela confiança a mim dirigida na elaboração deste estudo, que desde o início me motivou. Deus a abençoe.*

*Aos colegas e professores que ofereceram seus livros e apoio naqueles momentos de dúvida.*

*À minhas filhas, Yasmin e Larissa, que por causa dos meus estudos, acabaram sendo privadas de minha companhia em suas brincadeiras e travessuras, mas eu que senti mais falta.*

*A todos que nesse restrito espaço se torna impossível numerar, mas deixo meu afeto como agradecimento.*

# RESUMO

O Brasil passa pela era denominada de pós-modernidade, caracterizada pela mudança dos paradigmas, questionamento das Leis e do Estado, enfim, um momento de abalo aos pilares do Estado Democrático de Direito. O acesso à justiça é um desses pilares, mesmo sendo direito fundamental e sua regulamentação ser de incumbência do Estado, é por vezes desrespeitado ou mesmo restringido à maioria da população, principalmente nas demandas individuais.

Neste trabalho, se verifica o possível preenchimento da lacuna nas bases institucionais por meio da sociedade civil organizada, nas suas mais variadas formas legais, com destaque, as denominadas ONGs – Organizações não governamentais, com vista à garantia do indivíduo e da coletividade ao acesso à Justiça.

Um breve estudo sobre a evolução da idéia de Direitos Humanos e sua adaptabilidade como Direitos Fundamentais no Brasil e a questão de sua efetividade, em especial o acesso à Justiça. Sobre este, discute-se a dificuldade inicial de conceituação até seus principais entraves.

A caracterização das sociedades civis organizadas no Brasil é estudada a seguir, com o escopo de visualizar a sua real facilitação e promoção ao acesso à justiça.

Em seguida, dedica-se o trabalho ao exame da idéia de direito coletivo, também chamado de direito e interesse transindividual ou metaindividual, abordando-se conceitos, limites e legitimidade de terceiros, como parte ativa nos instrumentos jurídicos de proteção coletiva, bem como o processo coletivo e suas especificidades.

Fechando o presente estudo, sem esgotar o tema, são traçadas observações criticas de algumas ONGs, no pólo ativo de demandas coletivas, na defesa de seus associados ou da coletividade e suas conseqüências práticas.

**Palavras-chave**: Direitos fundamentais; dimensões; sociedade civil organizada; ação coletiva; legitimidade ativa; acesso à justiça; celeridade processual; efeitos da coisa julgada; execução coletiva.

## SOMMARIO

Brasile ed il mondo passano l'età, denominò, della polvere-modernità, caratterizzò dal cambio dei paradigmi, questionamento delle Leggi e dello Stato come solucionadores esclusivo dei conflitti e supridores delle necessità sociali: finalmente, un momento di discredito nei politici ed istituzioni ufficiali.

In questo lavoro, tenta di verificare il completamento dell'apertura nelle basi istituzionali, attraverso la società civile ed organizzata nei più vari modi legali, in prominenza denominato ONG–Organization non il governo, tutti che cercano alla garanzia di uno del diritto fondamentale dell'individuo e della collettività, l'accesso alla Giustizia.

È fatto un'abbreviazione studiare sull'evoluzione dell'idea di diritti umani e la sua adattabilità come diritti fondamentali in Brasile ed il soggetto della sua efficacia, specialmente l'accesso alla Giustizia. Su questo, la difficoltà iniziale di conceituação è discussa alla Sua catena principale.

La caratterizzazione delle società civili ed organizzate in Brasile è studiata nel marchio di visualizzare la sua vera facilitazione e promozione all'accesso alla giustizia.

Presto dopo, sarà studiato l'idea di destra del collettivo, anche chiamata destra ed interessa transindividual o metaindividual, mentre avvicinandosi a concetti, limiti e la legittimità di terzo, come parte attiva negli strumenti giuridici di protezione collettiva, così come il processo collettivo ed il suo especificidades.

Chiudendo lo studio presente, senza esaurire il tema l'osservazione critica di alcuno ONGs, nel polo attivo di richieste collettive nella difesa dei suoi soci o della collettività nell'insieme e le sue conseguenze pratiche.

**Parole-chiave**: diritti fondamentali; le dimensioni; organizzò società civile; azione collettiva; la legittimità; io accedo alla giustizia; la velocità procedurale; effetti della cosa giudicata; esecuzione collettiva.; io accedo alla giustizia.

# SUMÁRIO

Introdução, 12

**PARTE I – ACESSO À JUSTIÇA: DIREITO FUNDAMENTAL, 14**
**1 A PROBLEMÁTICA NO ACESSO À JUSTIÇA, 15**
**2 ANOTAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 17**
2.1 Terminologia dos direitos fundamentais, 17
2.2 Conceito de direitos fundamentais, 20
2.3 Breve histórico da origem dos direitos fundamentais, 21
2.4 Direitos fundamentais e o Estado de direito, 25
2.5 Direitos e garantias fundamentais: distinção, 31
2.6 O caráter universal dos direitos fundamentais, 32
2.7 Dimensões dos direitos fundamentais, 34
*2.7.1* Direitos de primeira dimensão, 35
*2.7.2* Direitos de segunda dimensão, 38
*2.7.3* Direitos de terceira e quarta dimensão, 40
2.8 A nova roupagem dos direitos fundamentais, 42
2.9 A constitucionalização dos direitos fundamentais, 43
2.10 As origens dos direitos fundamentais no Brasil, 45
*2.10.1* Constituição de 1824, 45
*2.10.2* Constituição de 1891, 46
*2.10.3* Constituição de 1934, 47
*2.10.4* Constituição de 1937, 48
*2.10.5* Constituição de 1946, 49
*2.10.6* Constituição de 1967, 50
*2.10.7* Constituição de 1988, 51
*2.10.8* Aglutinação dos direitos fundamentais na Constituição vigente, 54
2.11 A efetividade dos direitos fundamentais, 56
2.12 A relatividade dos direitos fundamentais, 60
2.13 Limitações constitucionais aos direitos fundamentais, 69
**3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA, 73**
3.1 Apontamentos iniciais, 73
3.2 O que é justiça?, 75
*3.2.1* Breves considerações do pensamento de Aristóteles acerca da justiça, 78
3.3 O que é acesso à justiça?, 81
3.4 Acesso à justiça e ao judiciário como direito fundamental, 84
*3.4.1* O acesso à justiça e o judiciário, 89
*3.4.2* O Juiz e o acesso à justiça, 92
*3.4.3* Indeclinabilidade da prestação jurisdicional pelo judiciário, 100

3.5 Restrições ao acesso à justiça, 100
3.6 Ações afirmativas e o acesso à justiça, 106
*3.6.1* Ação afirmativa como direito fundamental, 111
4 **O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS METAINDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS, 113**
4.1 Conceitos iniciais, 113
4.2 Direitos metaindividuais: traços característicos, 117
*4.2.1* Direitos fundamentais difusos, 120
*4.2.2* Direitos fundamentais coletivos, 123
*4.2.3* Direitos fundamentais individuais homogêneos, 124

**PARTE II – A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA, 126**
**1. NOVA POSSIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DO ACESSO À JUSTIÇA, 127**
1.1. Uma abordagem sociológica, 128
1.2. Cidadania, 129
**2. TERCEIRO SETOR, 131**
2.1. Estado mínimo, 133
2.2. Apontamentos históricos do terceiro setor, 135
2.3. Crescimento do terceiro setor, 138
2.4. Interação com o Estado, 139
**3. SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA NO BRASIL, 141**
3.1. Breves comentários, 141
3.2. Breve exame da Lei federal nº 9.790, 23 de março de 1999, 144
3.3. Os principais personagens do terceiro setor no Brasil, 150
3.4. Surgimento das ONGs no Brasil, 157
**4. ONGs E SUAS AÇÕES EFETIVAS: EXAME DE CASOS REAIS, 163**
4.1. Delimitação da pesquisa: questões preliminares, 163
4.2. ONGs pesquisadas: Exame, 165
4.2.1 IDEC, 165
4.2.2 ABRACACON, 171
4.2.3 ADOC, 174
4.3 Síntese, 175

**PARTE III – O PROCESSO COLETIVO E ACESSO À JUSTIÇA, 177**
**1. NECESSIDADE DE UMA UNIDADE SISTEMÁTICA LEGISLATIVA, 179**
**2. DA AÇÃO COLETIVA E ACESSO À JUSTIÇA, 181**
2.1. Comentários preliminares, 181
2.2. Direito de petição, 182
2.3. Direito de ação, 184
2.4. A era principialista, 187

2.5. Do processo individual ao coletivo, 190
2.6. Definição de ação coletiva, 194
2.7. Aspectos sociais das ações coletivas, 195
2.8. Espécies de direitos defendidos coletivamente, 198
2.9. Limites à tutela jurisdicional coletiva, 200
**3. DO PROCESSO CIVIL COLETIVO, 202**
3.1. Os instrumentos processuais, 202
3.1.1. Considerações iniciais, 202
3.1.2. A defesa dos direitos coletivos no direito comparado, 203
3.1.3. Mandado de segurança coletivo, 216
3.1.4. Mandado de injunção, 217
3.1.5. Ação direita de inconstitucionalidade por omissão, 218
3.1.6. Ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, 220
3.1.7. Ação popular, 222
3.1.8. *Habeas data*, 226
3.1.9. Ação civil pública, 230
3.2 Legitimidade processual, 235
3.2.1 Conceitos iniciais, 235
3.2.2 Natureza jurídica da legitimação ativa processual, 237
3.2.3 Interesse da lide, 242
3.2.4 Interesses difusos, 242
3.2.5 Interesses coletivos *stricto sensu*, 243
3.2.6 Interesses individuais homogêneos, 244
3.2.7 Distinção entre os diversos interesses, 244
3.2.8 Conseqüências jurídicas da ilegitimidade *ad causam*, 245
3.2.9 Legitimidade ativa no direito comparado, 246
3.2.10 A legitimação ativa no Brasil, 248
3.3 Da competência,255
3.3.1 Dano de âmbito local, 258
3.3.2 Dano de âmbito regional ou nacional, 259
3.3.3 Interesses difusos e coletivos propriamente ditos, 259
3.3.4 Interesses individuais homogêneos, 260
3.4 Da litispendência, 260
3.4.1 Generalidades, 260
3.4.2 Tratamento legal da litispendência na ação coletiva, 261
3.4.3 Desistência da ação pelo substituto processual, 268
3.5 Da coisa julgada, 269
3.5.1 Conceito e elementos, 269
3.5.2 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, 270
3.5.3 O princípio *secundum eventum litis*, 272
3.5.4 Aspectos da coisa julgada no Código do Consumidor, 273
3.5.4.1 Coisa julgada nas ações de interesse difuso, 274

3.5.4.2 Coisa julgada nas ações de interesse coletivo, 275
3.5.4.3 Coisa julgada nas ações de interesses individuais homogêneos, 276
3.5.5 Extensão da coisa julgada aos demais direitos coletivos, 277
3.5.5.1 A coisa julgada na ação civil pública, 278
3.5.5.2 A coisa julgada na ação popular, 279
3.5.6 Quadro sinóptico da coisa julgada, 280
3.6 Da Execução, 281
3.6.1 Justificativa legal e doutrinária, 284
3.6.2 Competência, 285
3.6.3 A obrigação de fazer ou não fazer, 286

**PARTE IV CONCLUSÃO, 293**

**BIBLIOGRAFIA, 296**

# INTRODUÇÃO

No ano de 1998, comemorou-se os cinqüenta anos da promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem. Comemoramos, quase na mesma oportunidade, os dez anos da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, também chamada de constituição "cidadã", encerrando um regime político de restrições de direitos.

Nas atividades comemorativas, uma pergunta foi praticamente uníssona em todos os discursos: o que mudou, nesse ínterim, no que se refere à efetivação dos direitos humanos proclamados explicitamente por quase todas as Constituições modernas? Ou melhor: será que esses direitos declarados universalmente foram efetivados da forma como se propunha?

A resposta para essas questões é óbvia e irrefutável em face dos lastimáveis acontecimentos quotidianamente presenciados no Brasil e no mundo. No entanto, não se pode deixar passar ao largo que, se por um lado, ainda estamos anos-luz da plena efetivação dos direitos fundamentais, é certo, também, que há uma tendência crescente rumo à conscientização da humanidade para não apenas a enunciação, mas, sobretudo, proteção, vale dizer, concretização desses direitos (fundamentais) da pessoa humana.

Dentro dos direitos individuais fundamentais há o ACESSO À JUSTIÇA, mas, sua efetivação tem-se apresentado deficitária pelos mais variados motivos. Numa sociedade de exclusão social e econômica, o acesso à justiça, por várias vezes, apresenta-se como uma utopia para a maioria dos indivíduos.

O texto político nacional de 1988, além de consagrar ampliou esse direito. Reconhecendo a existência de direitos e interesses coletivos, passa o acesso à justiça de direito individual para, também, um direito coletivo. No direito comparado, tal ampliação há muito já vem sendo objeto de estudo pela doutrina e tribunais.

O reconhecimento político da "coletividade" é fruto das mudanças sociais, da "massificação" da vida e dos problemas; vive-se mais em condomínios e grupos, se aglutinam pessoas com idéias e, principalmente, direitos convergentes; em decorrência disso, surgem sindicatos, associações e, modernamente, ONGs.

Enfim, a sociedade civil se organiza para a defender ou exigir direitos e interesses coletivos, fazendo valer o velho adágio *"o Direito reflete os anseios e necessidades do grupo social ao qual pertence"*.

Nossa legislação, doutrina e jurisprudência começam, mesmo que timidamente, a examinar a tutela coletiva. Questões sobre a legitimação dessas entidades como substitutas processuais no pólo ativo, a ação e execução coletivas, os efeitos da sentença, entre outras conseqüências processuais, surgem e precisam ser enfrentadas.

No Brasil, a distribuição da justiça, bem como a regulamentação ao seu, acesso está a cargo do Estado, o qual parece não estar sendo eficaz, ao menos pelas notícias e vivência cotidiana. O Estado não consegue tratar de forma igualitária a todos que batem às suas portas, ou melhor, não promove uma discriminação positiva, não trata *os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na exata medida em que se desigualam.*

A problemática do acesso à justiça, no tocante a efetiva aplicação do princípio constitucional da inafastibilidade dessa prestação jurisdicional, é uma justa preocupação, não só dos operadores do Direito, mas também da sociedade.

Nota-se o aumento na preocupação que a tutela jurisdicional, na resolução dos conflitos de interesses individuais ou coletivos, seja de forma mais justa e célere.

Vislumbra-se, como uma das razões dessa preocupação, a notória percepção das comunidades sociais e jurídicas de que o sistema judiciário ainda não respondeu, ao menos por enquanto, a esses anseios. Dirão alguns que isso é fruto ou espelho da pós-modernidade, mas a verdade é notória, a ampliação e efetividade ao acesso à justiça são pilares da paz social.

Tudo isso está a justificar o exame do tema. A tutela coletiva associada à atuação da Sociedade Civil Organizada aparenta ser uma saída eficaz, na ampliação ao acesso à justiça.

Por essa razão, o trabalho se propõe verificar, entre outros temas, os instrumentos de tutela coletiva constitucional, a ampliação da legitimação de terceiros (ONGs) no pólo ativo dessas demandas, com o escopo de contribuir para a efetiva ampliação ao acesso à justiça.

# PARTE I

# ACESSO À JUSTIÇA: DIREITO FUNDAMENTAL

# 1
# A PROBLEMÁTICA NO ACESSO À JUSTIÇA

Poucos temas estão sendo tão abordados quanto os oriundos da expressão "acesso à justiça". Filósofos, juristas, historiadores, políticos, sociólogos, enfim, todos os cientistas das chamadas ciências sociais deram sua contribuição, sem, contudo conseguirem fazer com que seja reconhecido e protegido efetivamente como direito fundamental.[1]

Percebe-se que, ao tratar do assunto, dois planos de estudos se delimitam de logo: o direito *que se tem* e o *que se gostaria de ter.* Dentro do plano do direito *que se tem*, ainda surgem dois outros: o direito que se tem *no papel* e o direito que se tem (ou não tem) *na vida real.*

O direito ao acesso à justiça, sendo direito fundamental[2] estaria em qual posição desses direitos citados?

Independente, a princípio, da resposta, a existência ou surgimento do acesso à justiça como direito fundamental parece servir para limitar o comportamento egoísta do ser humano, principalmente, daqueles que assumem o papel de governo.

Essa espécie de freio à conduta humana serve, também, de paradigma nas relações entre os indivíduos e, principalmente, entre o Estado e esses indivíduos.

---

[1] A vigente constituição brasileira é expressa nesse assunto, determinando que as normas definidoras de direitos, e o acesso à justiça é um deles, tem aplicação imediata, conforme §1°, art. 5°.

[2] Nomenclatura mais adequada quando se trata de direitos humanos positivados. Vide capítulo seguinte.

Mas o direito ao acesso à justiça faz parte do direito que se tem ou do direito que se gostaria de ter? É apenas positivado ou efetivo? A resposta a essas indagações iniciais não é fácil. De concreto há que esse direito, uma vez positivado, ganha uma conotação suprema, como se extrai das palavras de Antonio Cláudio da Costa Machado, ao comentar o inciso XXXV, art. 5°. da CF, que destaca ser,

> *"(...) o acesso à justiça aqui assegurado se manifesta pelo que pode ser chamado de direito de ação em sentido constitucional cujas características básicas são a não-subordinação a condições (basta ser pessoa ou ente processualmente personalizado para ter tal direito) e o abstratíssimo conteúdo da providência a que se faz jus (um provimento jurisdicional de qualquer tipo – de mérito ou de não mérito)".* [3]

As palavras de Antonio Cláudio C. Machado destacam a problemática do tema, demonstrando a importância do direito ao acesso à justiça. Este deve ser interpretado como sem subordinações e garantido a qualquer pessoa natural ou à jurídica personalizada.

Para melhor visualização da importância do acesso à justiça como direito fundamental, o capítulo seguinte tratará do surgimento e evolução dos direitos fundamentais e da noção de acesso à justiça.

---

[3] *Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da constituição federal.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 6.

# 2
# ANOTAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 2.1 Terminologia dos direitos fundamentais

Apesar deste estudo adotar que o acesso à justiça é um direito fundamental esse termo "fundamental" não é universalmente aceito para nomear o conjunto de direitos básicos, positivados, da pessoa humana. Há, na verdade, uma verdadeira "confusão babilônica de linguagem".

Como exemplo da pluralidade terminológica, cita-se a própria Constituição brasileira vigente, nela se encontram as expressões "direitos humanos" (art. 4°, II), "direitos e garantias fundamentais" (epígrafe do Título II, e art. 5°, §1°), "direitos e liberdades constitucionais" (art. 5°, LXXI) e "direitos e garantias individuais" (art. 60, §4°, IV).

Nesse sentido, algumas opiniões de relevo devem iluminar o caminho, como a de Alexandre de Moraes, o qual nomeia esse conjunto como *"Direitos Humanos Fundamentais"*[4].

Paulo Bonavides, afirma que,

> *"(...) temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre os autores anglo-latinos e latinos, em*

[4] *Direitos humanos fundamentais.* 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 38.

> *coerência, aliás, com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita á preferência dos publicistas alemães".*[5]

José Afonso da Silva[6] entende que *"(...) direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais"* demonstrando que a distinção é apenas semântica, sendo que uma engloba a outra.

Retornando à idéia de distinção dos conceitos, Willis Santiago Guerra Filho sugere uma interseção entre ambos,

> *"(...) de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos (...) os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas".*[7]

Os direitos humanos positivados no direito constitucional parecem encontrar melhor expressão como *direitos fundamentais*[8]. Além do mais, a distinção parece ter valor meramente *terminológico*, razão pela qual se afigura não haver prejuízo algum em utilizar como sinônimos (como faz a própria Constituição e grande parte da doutrina) as expressões *direitos fundamentais, direito humanos, direitos do homem* ou *direitos fundamentais humanos.*

Ingo Wolfgang Sarlet[9] reconhece que se encontra em pleno processo de maturação a gradativa e intensa aproximação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mediante a construção do que vem sendo denominado de um direito internacional constitucional; ademais, é fácil verificar que a Constituição de 1988 tratou de forma isonômica todos os direitos humanos por ela consagrados, não criando mecanismos de proteção judicial de apenas determinado grupo de direitos, o que leva a concluir que os direitos humanos são, por força do §2°, do art. 5° da

---

[5] *Curso de direito constitucional.* 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 514.

[6] *Curso de direito constitucional positivo.* 24ª ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 176-177.

[7] *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001. p. 37.

[8] "Direitos humanos: nomenclatura adotada no plano ético, internacional, filosófico antes de positivação; Direitos fundamentais: são os direitos humanos positivados". Conforme elucidações em aulas de mestrado a cargo da Profa. Anna Cândida da Cunha Ferraz.

[9] *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 57.

Constituição, na realidade, direitos fundamentais, ainda que apenas em sentido material[10].

Portanto, a nomenclatura usada para referir-se a *direitos humanos, direitos fundamentais humanos* ou *direitos do homem,* desde de que positivados, para esse estudo, serão denominados de *direitos fundamentais.* No mais, o uso *coloquial* desses termos em nada dificultará o entendimento substancial deste trabalho.

O certo, porém, é que, hodiernamente, o reconhecimento dos direitos fundamentais constitui paradigma de legitimação de regimes políticos. Isto é: quanto mais um Estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Ao revés, será considerado menos democrático e legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.[11]

Norberto Bobbio[12] numa brilhante e clara análise histórica e conceitual, prática e teórica, dos direitos humanos, alerta, com sua tese realista, a necessidade de não apenas os enunciar, mas, sobretudo, protegê-los.

Assim, entende-se estar superada a distinção das várias denominações dos direitos humanos, podendo ser convergidas para uma só: Direitos Fundamentais.

---

[10] Na clássica lição de Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional.* Tomo IV. Coimbra: Coimbra editora, 1998. p. 23-25) os direitos fundamentais podem ser classificados em dois sentidos: material e formal. Esse último está vinculado ao sistema constitucional positivo. A Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja deixando claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), seja permitindo a conclusão de que os direitos fundamentais estão protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também contra o poder constituinte reformador - por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF).
Por outro lado, a fundamentalidade material parte da premissa de que os direitos fundamentais repercutem sobre a estrutura do Estado e da sociedade. No Título II (art.s. 5º a 17) da Constituição Federal está escrito: "*Dos direitos e garantias fundamentais*". O primeiro artigo desse Título, isto é, o art. 5º, afirma no seu §2º que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, ainda que não expressamente previstos na Constituição e, por maior razão, não enumerados no Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Como se vê, a Constituição, em seu art. 5º, §2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material. Portanto, se a Constituição enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não impede que direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente, estejam inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dela.

[11] Edílson Pereira de Farias. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida (...).* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1996. p. 17.

[12] *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 37.

## 2.2 Conceito de direitos fundamentais

Ultrapassada essa fase, outro problema surge: quais seriam os direitos básicos, dos quais o acesso à justiça faz parte? Como definir, conceituar esse conjunto de direitos?

Alexandre de Moraes oferece uma definição do conteúdo desse conjunto, como sendo,

> *"(...) o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana."*[13]

Paulo Bonavides com base nas idéias de Konrad Hesse[14] e Carl Schmitt[15] caracteriza e conceitua esses direitos como sendo

> *"(...) na essência, entende ele*[16]*, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável."*[17]

Determinar um conceito definitivo e universal para esses direitos[18] não é tarefa das mais fáceis, devido à definição variar de lugar para lugar, de momento histórico para momento histórico, e, principalmente, de ideologia para ideologia,

---

[13] *Direitos humanos fundamentais.* 5 ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.39.

[14] Registra, Paulo Bonavides, que Konrad Hesse, em sua obra "Grundrechte", in Staatslexikon, Herausgeben vom Goeresgesellchaft, BD.2.7. Auflage, 1986, compreende os direitos fundamentais como almejando a criação e a manutenção de pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Aponta, ainda, a obra citada do autor como sendo um dos clássicos do direito público alemão. Esclarece, também, que "ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber, direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais". Afirma que esse entendimento, do mesmo autor, está em outra obra de sua autoria intitulada" Grundzuege des Verfassungrsrechts der Bunderrespublik Deustcchland, 13, Ergaenzte Auflage, Heidelberg, 1982.

[15] Esclarece que Carl Schmitt "estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabaernderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*ershwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição". Em nota de rodapé, faz referência ao livro do autor denominado" *Verfassungslehre, Unvereaenderter Neudruck*, 1954, Berlim, pp. 163/173.

[16] O Autor está fazendo referência ao pensamento de Carl Schmitt.

[17] *Curso de direito constitucional.* 7 ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 515.

[18] Com base nesses conceitos, entende-se que o direito ao acesso à justiça é oponível em face do Estado e este deve ser encarregado de disponibiliza-lo.

tornando quase impossível uma conceituação fechada que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata, com validade universal e absoluta, o conteúdo material desses.

A adoção do conceito de Alexandre de Moraes sobre o conteúdo material desses direitos parece ser mais apropriada para os objetivos deste estudo.

## 2.3 Breve histórico da origem dos direitos fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais é incerto e impreciso. Pode-se, porém, ter uma idéia do nascimento, ainda que primitivo, dos direitos e deveres do homem.[19]

Diversos estudiosos vêem como provável primeira manifestação de tentativa de defesa dos direitos individuais nas civilizações mais antigas, como se pode observar na síntese de Alexandre de Moraes:

> *"A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direito comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra Antígona – 441 a.C. – Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos do homem). Contudo, foi o Direito Romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser*

[19] "(...) convém, antes de mais, buscar na história dos povos comportamentos que pouco a pouco, em verdade, muito lentamente, forma delineando os contornos de direitos e deveres que, embora inerentes à pessoa, não encontravam qualquer respaldo nas regras de convivência social. Só muito mais tarde é que começaram a aparecer em normas codificadas. Na Grécia, como também na Itália, a unidade da vida política durante a época clássica foi dada pela cidade. O homem era um 'animal político' na medida em que participava de uma polis; e ainda que a cidade pudesse estar contida em uma unidade mais ampla – como aconteceu no Império Macedônico e depois no Império Romano – ela não era absorvida, permanecendo como núcleo de lealdade e centro de um sistema de governo, atraindo a devoção e inspirando a munificência dos cidadãos. De um certo modo, as suas funções continuavam a ser exercidas ao lado do esquema mais amplo que a explorava" (Hélio Bicudo, *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1998. p.12.)

*considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão."*[20]

No decorrer de toda essa evolução, surgem alguns antecedentes formais das declarações de direitos.[21]

De acordo com Celso Lafer, a origem dos direitos humanos remonta à tradição cristã ocidental, pois se pode apreender no ensinamento cristão um dos elementos formadores da mentalidade que os tornou possíveis, assim:

*"(...) o cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judáico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não há distinção entre judeu e grego (São Paulo, Epístola aos Romanos, 10, 12). Pois não há judeu, nem grego, não há escravo, nem livre, não há homem, nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus (São Paulo, Epistola aos Gálatas, 2,28)".*[22]

Estudando a tese de Celso Lafer, já citada, vislumbra-se uma outra dimensão importante da tradição, que vem possibilitar a emergência dos direitos humanos e que faz parte da lógica da modernidade, o *"(...) individualismo na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêem no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade".*[23] Essa opinião deriva da cultura judaico-cristã, donde o cidadão é um indivíduo em relação a Deus.

O homem, quando na busca pela liberdade, encontra uma grande contribuição tributada ao Cristianismo, pois, ao se deparar com essa concepção religiosa, que se baseava na idéia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, e considerava a igualdade fundamental e natural entre todos os homens, adota tal conceito, reforçado mais uma vez por uma relativa limitação do monarca durante a Idade Média.[24]

Esse individualismo se expande com as reformas, Luteranas e Calvinistas, para as quais o indivíduo tem a liberdade de escolha de sua crença religiosa sem se

---

[20] Op. cit. p. 24-25.

[21] "Podemos encontrar como ponto de partida decisivo nessa linha de atuação quando o papa Leão XIII, examinando em suas encíclicas os problemas da formação do estado moderno, começa a tratar mais abertamente dos direitos fundamentais do homem e em particular do direito dos cidadãos" (Helio Bicudo, op. cit. p. 25).

[22] *A reconstrução dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 119.

[23] Op. cit. p. 121.

[24] "Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribui a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis fundamentais do Reino limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou

desligar de Deus; daí a afirmação de José Afonso da Silva[25] "(...) *o da liberdade de opção religiosa ser talvez o primeiro direito individual*".

Malgrado ter-se consciência de que a idéia de *dignidade humana* de origem bastante remota, já que várias civilizações antigas reconheciam e protegiam o homem em sua individualidade, sobretudo em função de sua posição na ordem social, a noção que se tem hoje de *direitos humanos* só aparece historicamente na última fase da idade média, com a difusão da organização feudal, quando se forma, lentamente, a convicção de se estar obrigado, em relação à autoridade superior, somente àquelas prestações particulares (tributos, obrigações militares etc.), voluntariamente aceitas no pacto de vassalagem. [26]

Do ponto de vista prático, não houve demora para que conquistas ocorressem no campo dos direitos individuais e fundamentais em face do Poder Monárquico.

E tal ocorreu quando os reis da Idade Média pactuaram com os seus súditos acordos mediante os quais estes reconheciam o poder monárquico e aqueles faziam algumas concessões.

A partir dessas restrições ao poder do Rei, segundo José Afonso da Silva originaram-se,

> *"(...) os pactos, os forais e as cartas de franquias, outorgantes da proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se: o de León e Castela (1188); o de Aragão (1265); o de Viscaia (1526) e o mais famoso entre estes, a Magna Carta inglesa (1215-1225)".*[27]

Essa fase é denominada embrionária ou pré-histórica dos direitos fundamentais.[28] Não obstante, como nos lembra Ingo Wolfgang Sarlet:.[29]

> *"(...) ainda que consagrada a concepção de que não foi na antigüidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a*

---

humanismo". José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo.* 13ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 150-151.

[25] *Curso de direito constitucional positivo.* 13 ª ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.121.

[26] Já na Grécia antiga, com Sólon, aparecem 'registros históricos induvidosos' da construção das instituições democráticas, e, por conseguinte, do reconhecimento dos direitos de certas classes, buscando a harmonia social pela conciliação dessas classes. Vale ressaltar que há quem considere o pensamento estóico as bases dos direitos humanos: "já que em suas obras se manifestam as idéias de dignidade e de igualdade". Arnaldo Vasconcelos. *Direito, humanismo e democracia.* São Paulo: Malheiros, 1998. p. 67.

[27] Op. cit. p.151.

[28] O mestre de Colônia K. Stern, apud Sarlet, destaca três etapas da evolução dos direitos fundamentais: (a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; (b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; (c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos. (Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 37).

[29] Idem. Op. cit. *A eficácia....* p. 38.

*constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis (...)*".

Para Alexandre de Moraes, nessa linha de pensamento,

*"(...) idêntica importância na evolução dos direitos humanos encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os históricos documentos: Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 4-7-1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787".*[30]

E continua, o citado autor, discorrendo sobre a Constituição norte-americana e suas dez primeiras emendas, as quais criadas com o objetivo de limitar o poder do Estado, determinando a separação dos poderes estatais e positivando inúmeros direitos humanos como fundamentais.[31]

Para Michele Keiko Mori, [32] se deu na França o grande marco histórico principal da normativização dos direitos humanos fundamentais, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que significou a efetivação dos direitos humanos e garantias fundamentais, sendo um *"documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos do século passado e deste*".

Alexandre de Moraes também aponta a declaração francesa como de importância especial, assim diz:

> *"A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando, em 26-8-1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direito humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento."*[33]

É nesse momento histórico que ocorre a inversão da perspectiva de relação política (Estado-cidadão), geralmente considerada uma relação entre superior e inferior, onde um tem direito de comandar e outro tem o dever de obedecer, e que é

---

[30] Op. cit. p. 27.
[31] Idem. p.28.
[32] *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 17.
[33] Op. cit. p. 28.

tratado normalmente do ponto de vista do governante *ex parte principis* ou do governado *ex parte populis,* como se extrai do pensamento de Norberto Bobbio.

> *"A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais vai se afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais, fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal (...)"*[34]

A proclamação dos direitos humanos ocorre à medida que a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes, não que antes não tivesse direitos, mas se torna uma questão sócio-política, conforme variam contextos e vão surgindo novos direitos.

E, de forma a consolidar os direitos humanos, está a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, tendo como objetivos fundamentais a certeza, a tutela e a possibilidade dos direitos. É mundialmente conhecida e promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Essa declaração apresenta-se de tamanha importância, donde não se pode deixar de destacar as palavras de Norberto Bobbio ao se referir a esta, pois engloba todas as demais teses,

> *"(...) na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado".*[35]

## 2.4 Direitos fundamentais e o Estado de direito

Embora seja possível identificar, como visto anteriormente, na Antigüidade e na Idade Média, diversas manifestações que traduzem a idéia central que norteia a teoria dos direitos fundamentais, as noções de igualdade, liberdade e dignidade apenas viriam a ser positivadas sob a forma de normas constitucionais a partir da entrada em vigor das Constituições liberais do Século XVIII.

---

[34] Op. cit. p. 4.
[35] Idem. p. 30.

No período que vai da Idade Média à Idade Moderna, o Homem passaria, na tentativa de compatibilizar autoridade e liberdade, a reclamar gradativamente sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica.

O Homem, agora livre da dominação dos monarcas e dos senhores feudais, afastou-se dos grêmios e corporações medievais e passou a integrar-se no corpo social como indivíduo livre frente a todos os demais.

Tal postura iria, no Século XIX, influenciar o filósofo liberal, Immanuel Kant [36], para quem o Direito possibilita a compatibilização do arbítrio de um com o arbítrio do outro, de acordo com uma lei geral de liberdade.

A grande mudança se deu, na verdade, na esfera política, na qual as estruturas feudais foram substituídas pelo Estado, forma de poder racionalmente concebida, dotada de caráter centralizador e burocrático.

Esse poder, como todo poder concentrado gera certa insegurança àqueles que estão fora do grupo dominante, ou corretamente falando, grupo escolhido para a tarefa de gestão.

Como forma de controle do Estado frente aos cidadãos foi desenvolvida a idéia de Estado de direito, que nas palavras de Joaquim José Gomes Canotilho "*O indivíduo autônomo perante o poder*", ou seja, "*O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes*" [37], enfim, "*Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização política-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo* direito*"*[38]

Essa filosofia de Estado de direito não surgiu de forma rápida, mas sim lentamente como relata Joaquim J. G. Canotilho[39]:

> *"A idéia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de rule of law ( «regra do direito» ou «império do direito» ). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (État légal). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), isto é, um Estado subordinado ao direito." ...." A França revolucionária deixou-nos um legado decisivo para a compreensão do Estado de direito. Não há Estado*

---

[36] *Doutrina do Direito*. Trad. De Edson Bini, São Paulo: Ícone Editora Ltda., 1993. p. 23-78.
[37] *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 7.
[38] Idem, p. 8.
[39] Ibis, Idem. p. 22-23.

*de direito onde não houver uma constituição feita pela nação (entenda-se: pelos representantes da nação). E uma sociedade cuja lei constitucional superior não contenha uma declaração ou catálogo de direitos e uma organização do poder político segundo o princípio da divisão de poderes não tem verdadeiramente constituição. Doravante, as ideias de direitos fundamentais consagrados na constituição e de divisão de poderes assumem-se como núcleo essencial de qualquer Estado constitucional. A expressão Estado de direito é considerada uma fórmula alemã (Rechtsstaat). Ela aponta para algumas das idéias fundamentais já agitadas na Inglaterra, Estados Unidos e França. Acrescenta-lhes, porém, outras dimensões. O Estado domesticado pelo direito é um Estado juridicamente vinculado em nome da autonomia individual ou, se preferir, em nome da autodeterminação da pessoa. É a autonomia individual que explica alguns dos postulados nucleares do Estado de direito de inspiração germânica. Desde logo, o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um Estado liberal de direito."*

As idéias acima remetem a uma preocupação ou nova reflexão. Um sistema político que impõe uma legalidade autoritária, por exemplo, pode ser considerado um "Estado de direito" ou este título é válido exclusivamente para os regimes democráticos?

Devemos lembrar que para alguns partidários do positivismo jurídico, principalmente Hans Kelsen, a própria expressão "Estado de direito" (*Rechtsstaat*) é contraditória ou redundante, já que não existe qualquer possibilidade de se conceber o direito fora do Estado. De acordo com a famosa *Teoria pura do direito*, Estado e direito se confundiriam na tarefa de regulamentar o emprego da força nas relações entre os homens. Assim, segundo Kelsen, ao contrário do que costumamos imaginar, não há duas esferas separadas, o Estado de um lado e o direito do outro, mas tão somente uma única ordem jurídico-estatal composta por vários estágios que estão interligados de forma estática e dinâmica, de maneira que cada norma emanada da ordem estatal encontra sua validade não em um conteúdo, mas na mera conformidade com uma norma do tipo superior[40].

Na perspectiva de Kelsen, portanto, o termo "Estado de direito" é tautológico, ou o que é bem pior, contraditório. Tautológico porque não existe um Estado que não seja, por definição, "de direito". Contraditório porque o termo em questão sugere que o Estado pode estar submetido a uma ordem jurídica não estatal, ou seja, a um direito natural ou metafísico que não é passível de ser admitido por uma teoria jurídica científica. Coerente com esta argumentação, conclui-se que do ponto de

[40] *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

vista da ciência do direito, ponto de vista formal obviamente, o *III Reich* seria um "Estado de direito".

Percebe-se que há um pequeno equívoco na teoria de Kelsen que consiste em supor uma identidade conceitual entre o direito e o Estado, quando na verdade o primeiro é uma esfera de regulamentação que existe mesmo na ausência do segundo, ademais, o Estado não passa de uma invenção recente que consiste na criação de um corpo político administrativo especializado, (parlamento, governo, tribunais etc.) que monopoliza o exercício desta regulamentação.

A História se encarregou de provar que a tese positivista não era a solução ao problema. O fim da Segunda Grande Guerra Mundial marcou não apenas a derrota dos ideais dos Estados Nacional-Socialista e Fascista, mas também, no campo do Direito, das concepções do positivismo jurídico, em especial das posturas formalistas da teoria constitucional até então dominante. Das cinzas, como uma fênix, renascia novamente o jusnaturalismo, acompanhado, no Direito Público, pelo aparecimento das teorias materiais da Constituição.[41]

O Jurista Joaquim J. G. Canotilho[42] após reflexão sobre as diversas dimensões do Estado de direito as quais verteram sobre o sistema democrático, Estado social, de Justiça e até Ambiental nos oferece as dimensões essências, como explica:

> *"Um Estado pode considerar-se Estado de direito quando: (1) está sujeito ao direito; (2) actua através do direito; (3) positiva normas jurídicas informadas pela ideia de direito. O Estado deve subordinar-se ao direito. Estar sujeito ao direito significa que o poder político não é um poder livre, desvinculado, transcendente. O direito conforma os esquemas de organização do poder, sujeita-os a determinadas regras. Numa palavra: o direito curva o poder, colocando-o sob o império do direito. Sob o ponto de vista prático, isso significa que o Estado, os poderes locais e regionais, os órgãos, funcionários ou agentes dos poderes devem observar, respeitar e cumprir as normas jurídicas em vigor, tal como o devem fazer os particulares. O Estado, os govemantes, as autoridades, obedecem às leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder."* E segue *"Estado de direito é informado e conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos. Não basta, para estarmos sob o império do direito, que o Estado observe as normas que ele ditou e actue através de formas jurídicas legalmente positivadas. As leis podem ser más, as formas de actuação revelar-se arbitrárias, o conteúdo das medidas estatais surgir aos olhos do particular como «mau direito», como direito injusto."* Assim, conclui *"Merece a*

[41] Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.147 ss.
[42] *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p 78 ss

*qualificação de Estado de direito o Estado • e só esse! • que em todos os seus actos jurídicos, em todos os seus esquemas organizatórios, em todos os seus procedimentos, incorpore os princípios jurídicos que, de forma indisponível por qualquer poder, dão validade ou legitimidade a uma ordem jurídica. Em síntese: que o tornem intrinsecamente um Estado de direito."*

A intensa relação entre Sociedade e Estado é um tema de muita discussão. Embora não seja tarefa fácil vislumbrar propriamente uma identificação completa entre ambos, a democracia, tal como hoje é concebida, se aparenta como elemento de tensão dialética entre eles, preservada naturalmente a autonomia de cada um.

Precisamente nesse particular, pode-se afirmar que os direitos fundamentais se constituem no instrumento através do qual se preservam as esferas de autonomia da Sociedade e do Estado e, ao mesmo tempo, se procede à vinculação entre eles no processo de desenvolvimento social. Nesse pensar, J.J. Gomes Canotilho[43] diz que:

"*Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súbditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua acção à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais • a liberdade e a propriedade • decorriam do respeito de uma esfera de liberdade individual e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Compreende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos • liberdade e propriedade • estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento.*"

Assim, os direitos fundamentais, tal como à época concebidos, constituiriam um limite ao poder estatal e possuíam a função de garantir um âmbito de autonomia e liberdade do indivíduo burguês frente ao grande Leviatã.

Naquele momento histórico, as reflexões acerca da origem do poder, efetuadas pelos teóricos do contratualismo e da separação dos poderes (Locke, Rousseau, Montesquieu), aliadas ao jusnaturalismo racionalista, serviriam de base filosófica para o processo de positivação, nos textos constitucionais, dos direitos e garantias do Homem e do Cidadão; direitos esses que, pelo menos em tese destinar-se-iam a todos e possuíam um caráter negativo frente ao Estado.[44]

No leito desse movimento de renovação, percebe-se que a teoria dos direitos fundamental se coloca como limites materiais que a dignidade humana impõe ao

---

[43] *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p 53 ss.

Poder Público, (pré)determinando, inclusive, os fins de sua atividade. O próprio adjetivo "fundamentais", que qualifica esses direitos, aponta para sua importância no seio do sistema social global.

Nessa perspectiva, a constituição, deixa de ser analisada a partir de critérios puramente lógico-formais. Num salto qualitativo, passa-se a entendê-la como a materialização de concepções axiológicas acerca da vida em sociedade, a partir da positivação de princípios de ordem metajurídica, de tal sorte que foi possível dotar conceitos como os de justiça, igualdade, liberdade e dignidade de um âmbito denotativo que transcende a sua mera literalidade normativa.

Diante de tão sensível preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana numa sociedade pluralista, os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de que as decisões políticas e jurídicas num Estado Democrático e Social de Direito, orientar-se-ão no sentido de respeitar, proteger e promover a pessoa humana, tanto em sua dimensão individual, como em sua inserção num grupo social.

Enfim, essas são as conclusões lógicas que se chega, principalmente após os estudos de Joaquim José Gomes Canotilho, em seu livro "Estado de direito" no qual afirma que o Estado de direito é um Estado indissolúvel dos direitos fundamentais, de direitos, que observa o princípio da justa medida, que garante o princípio da legalidade da administração, que responde pelos seus atos, garante aos seus cidadãos a via judiciária, e que enfim, dá segurança e confiança às pessoas e finaliza sua idéia assim:

> *"Poderemos afirmar que o Estado de direito ou é Estado de direito democrático e social ou será um Estado de legalidade reduzido a um esqueleto constituído por princípios e regras formais. Todavia, como se teve oportunidade de salientar, os chamados princípios formais do Estado de direito não são apenas «normas formalísticas» dos cultores do direito. Servem para tornar seguro o caminho de outros ideais. Valem por si. Valem em nome do Estado de direito. Mas, como ironicamente escreveu Rorty, se a democracia é mais importante do que a filosofia, também a bem pouco se resumirá o Estado de direito se os esquemas políticos de organização do Estado não assentarem na separação e interdependência de poderes, antes privilegiarem o centralismo democrático, a transcendência do Estado e o envolvimento fundamentalista religioso da sociedade. O Estado de direito pode pouco em situações de fraqueza ou ausência do Estado. A soberania do Estado, queira-se ou não, garante alguma ordem e paz no plano interno, a*

---

[44] "*Toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não estiver assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não possui Constituição* " - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, artigo 16.

*ordem e paz indispensáveis à aplicação e observância das regras do Estado de direito. Daqui não se segue a indispensabilidade da forma de Estado e da sua soberania para se estruturar uma comunidade de direito."*

É dentro desse contexto que os direitos fundamentais definem a relação essencial que existe entre o exercício do poder público e os indivíduos. Aliás, a inclusão das normas de direitos fundamentais numa estrutura normativa do poder de uma constituição faz com que eles teoricamente se imponham frente aos abusos dos "donos do poder".

## 2.5 Direitos e garantias fundamentais: distinção

Uma primeira dúvida que costuma surgir em artigos, citações ou manifestações orais quando se defende o acesso à justiça é rotular ora como "Direito" ora como "Garantia". Afinal, são diferentes? Qual será a maneira correta?

Sem embargo de opiniões contrárias, mas para fins acadêmicos, entende-se que são distintos. Desde nos bancos escolares da faculdade de direito, já se destaca a sutil diferença. Essa distinção, que por muitas vezes se confundem, foi tratada por Rui Barbosa, ao comentar que existem,

> *"(...) no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem direitos, estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito".* [45]

Assim, entende-se que os "Direitos" seriam os enunciados de cunho "declaratório", cujo objetivo consistiria em reconhecer, no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa, já as "Garantias" seriam os enunciados de conteúdo "assecuratório", cujo propósito consiste em fornecer mecanismos ou instrumentos, para a proteção, reparação ou reingresso de direitos, alguns desses instrumentos são também conhecidos como "remédios constitucionais ou jurídicos".

À luz da lição de Rui Barbosa, sem esgotar o assunto, pode-se classificar, sem embargo de oposição, que o "acesso à justiça" é um "direito" e assim será tratado neste estudo.

---

[45] *República: teoria e prática*. Petrópolis: Vozes, 1978. p.121-124.

## 2.6 O caráter universal dos direitos fundamentais

No entanto, se é certo que os direitos humanos variam de momento histórico para momento histórico, parece correto também que não se pode, com base nesse argumento do relativismo, tornar certos Estados, de culturas diversas, imunes ao controle da comunidade internacional. Isto porque não há como negar que existem certos parâmetros internacionais mínimos de tolerância de violação dos direitos e liberdades individuais de caráter universal. Não há, frise-se, como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz respeito à sua fundamentabilidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.

O caráter universal dos direitos humanos, a cada momento, aflora mais intensamente, de sorte que não é sonho distante afirmamos que chegará um dia em que todos os seres humanos, cientes de tal qualidade, não divergirão quanto à necessidade de se eliminarem todas as violações, por menores que sejam, aos direitos inerentes à pessoa.

Nesse sentido, em 25 de junho de 1993, a Declaração de Viena chegou a estabelecer que:

> *"Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. Enquanto o significado de particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas deve ser considerado, é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais."*

A par da relatividade histórica dos direitos humanos, e como conseqüência dessa mesma relatividade, não há como conceber um elenco pleno e definitivo desses direitos.

Seguindo essa linha de raciocínio, Norberto Bobbio presume que:

> *(...) "não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas".*[46]

Alguns direitos derivam, ainda, da evolução tecnológica e sócio-econômica. Surge a bioética, o direito comunitário, decorrente da globalização e formação de

---

[46] Op. cit. *A Era* ...p. 19.

blocos econômicos, redimensionando a noção de soberania estatal como poder supremo de ditar as próprias regras, o direito cibernético, o direito interespacial, enfim, direitos vislumbrados apenas em nossa *era globalizante da informação*, jamais imaginados nos séculos passados.

De fato, a cada dia são reconhecidos novos direitos, sobretudo visando a proteção da minoria oprimida (portadores de deficiência, idosos, crianças, detentos, homossexuais, portadores do vírus da Aids etc.). Vislumbra-se, a par disso, um crescente aumento nos incentivos, objetivando a integração destes à sociedade.[47]

Enfim, seria até enfadonho enunciar todos os direitos que foram e continuam sendo proclamados em favor das minorias. Na prática, um dos pilares da democracia, ao lado da liberdade e igualdade, é justamente o respeito à minoria, vale dizer, ao diverso.

Na realidade, Edilson Pereira de Farias[48] nos ensina que: *"(...) hodiernamente os direitos fundamentais exercem o nobre papel de proteger os indivíduos e as minorias, impedindo que o critério da maioria converta-se num princípio absoluto, desviando a função legitimadora da soberania popular*". Os direitos fundamentais segue o autor, protegem a minoria da maior parte eventualmente eleita no sentido de que amparam *"(...) os que votaram e perderam, e os que puderam votar ou não votaram"*.

O Brasil, por intermédio da emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou os §§ 3º e 4º, ao art. 5º. No §3º, deu *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais de direito humano que cada Casa do Congresso Nacional aprovar, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, e, no § 4º submete o Brasil à jurisdição de Tribunal Internacional para cuja criação tenha manifestado adesão.

Desta feita, compreende-se, que o Brasil já positivou a possibilidade da vigência de um direito universal de direitos humanos, como sendo de direito fundamental positivado, ademais, é bom lembrar, que essa mudança constitucional pode ser considerada *clausula petrea*.

---

[47] A doutrina vem denominando de ações afirmativas, o conjunto de medidas que visam assegurar a igualdade de tratamento e condições, para os grupos minoritários ou excluídos. Assim, veja-se a lei de quotas aos estudantes afrodescendentes, o estatuto do idoso entre outros. Para detalhamento, veja-se Anderson Peixoto de Faria. O acesso à justiça e as ações afirmativas. In___ Raphael Augusto S. de Queiroz (Org.). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.34.

[48] *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus (...)* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996. p. 68.

## 2.7 Dimensões dos direitos fundamentais

Claramente se percebe que a noção de direitos fundamentais é histórica, ou seja, acompanha a evolução da sociedade em suas lutas em defesa de novas liberdades e contra a opressão dos detentores do poder, ou seja, *"os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente"*, nas palavras de Ingo W. Sarlet.[49]

O termo *gerações dos direitos fundamentais* parece ter sido inspirado nos três temas da Revolução Francesa. Assim, as *três gerações de direitos humanos* seriam as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda, aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira refere-se aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*).

Atualmente, a expressão *geração dos direitos fundamentais* tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e alienígena. De fato, o uso da expressão *gerações* pode ensejar a errada impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro. Por isso a doutrina moderna tem preferido o termo *dimensões dos direitos fundamentais.*

É o que nos explica Paulo Bonavides,[50] quando diz que:

> *"(...) o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade".*

Vale ressaltar que, agora, com a globalização política, social, cultural e econômica, o mesmo autor preconiza o surgimento de uma quarta dimensão de direitos, compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política. Esses direitos de quarta dimensão, segundo Paulo Bonavides, seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.[51]

---

[49] Op. cit. p. 18.
[50] *Do Estado liberal ao Estado social.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 56.

## 2.7.1 Direitos de primeira dimensão

Do Estado polícia ao Estado mínimo. Contra o despotismo instaurado nos Estados Absolutos, e graças à marcante influência dos jusnaturalistas, foram proclamadas, no século XVII, as garantias de liberdade relativas aos direitos civis e políticos, fundadas no Direito Natural, contra a opressão do Rei e, inclusive, dos magistrados que eram considerados um *longa manus* do Imperador. Tratava-se de direitos de defesa, de cunho eminentemente individualista e que exigiam uma atuação negativa por parte do Estado. Eram os direitos de primeira geração ou dimensão.[52]

Sobre esses direitos,[53] Paulo Bonavides, afirma que

*"(...) os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado".*[54]

Continua Paulo Bonavides:

*"Entram na categoria de status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre Sociedade e Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeira caráter anti-estatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico."*[55]

No mesmo raciocínio, Ingo W. Sarlet assevera que:

*"(...) assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação,*

---

[51] Idem. p. 60.

[52] Outros documentos de relevância para o estudo das garantias fundamentais são a *Mayflower Campact* de 1620, que garantia um governo limitado e também as Cartas de direitos e liberdades das Colônias inglesas na América, como: *Charter of New England*, 1620; *Charter of Massachusetts Bay* de 1629; *Charter of Maryland* de 1632; *Charter of Connecticut* de 1662; *Charter of Rhode Island* de 1663; *Charter of Carolina* de 1663; *Massachusetts Body of Liberties* de 1641; *New York Charter of Liberties* de 1683 e *Pennsylvania Charter of Privileges* de 1701. (José Afonso da Silva. "*Curso de direito constitucional positivo*". 13ª ed. (revista e atual.) São Paulo: Malheiros, 1997. p. 54).

[53] Como exemplo desses documentos de proteção das liberdades podemos citar a Petition of Rights (Petição de Direitos) (1628) que requeria o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei, o Habeas Corpus Amendment Act (1679) que anulava as prisões arbitrárias e o Bill os Rights (Declaração de Direitos) (1689), o mais importante destas, pois submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional, completando o conjunto de limitações ao poder monárquico do período. (Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed.. São Paulo, 2003. p. 25.). Todos na Inglaterra.

[54] Op. cit. p. 517.

[55] Idem. p. 518.

*reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia".*[56]

Graças, em grande parte à Revolução Francesa, a burguesia vitoriosa, detentora do poder econômico e, doravante, político, sentiu a necessidade de abolir os privilégios da monarquia e do clero, bradando, ainda que apenas formalmente, não somente a liberdade, mas também a igualdade e a fraternidade, dando nascimento à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e o surgimento do Estado Liberal, "Estado mínimo".

Vale ressaltar que na ex-colônia inglesa da América do Norte recém-independente, já em 1776, o Estado da Virgínia tinha publicado uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) fundada nos mesmos princípios iluministas (máxime os pensamentos liberais de Locke, Rousseau e Montesquieu) da Declaração Francesa. Dessa época, também, é a chamada *American Bill of Rights* que, dizem alguns, serviu de modelo para a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.[57]

Inicia-se aí a fase da *constitucionalização dos direitos humanos*, onde deixam esses direitos de ser apenas reivindicações políticas para se transformar em normas jurídicas ou direitos fundamentais.

É a partir desse momento que se vem preferindo o uso do termo *direito fundamental* quando se deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa constituição de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos* tem ficado reservada para ser adotada em documentos internacionais.

Ainda nesse período, surgem alguns princípios liberais fundamentais para a compreensão do Estado moderno, como, por exemplo, o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da tripartição de poderes e o princípio da legalidade, possibilitando, durante essa fase de evolução da história, a hegemonia do Poder Legislativo sobre os demais.[58]

---

[56] Op. cit. p. 48.

[57] Durante muito tempo, discutiu-se no campo da percepção teórica qual a declaração mais importante: a americana ou a francesa. Boutmy, citado por Paulo Bonavides, defendendo como sendo a mais importante a francesa justifica, a nosso ver acertadamente, sua opinião: "foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas declarações". (José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 517).

[58] Malgrado o princípio da tripartição das funções estatais tenham surgido nessa época, é inegável que a função jurisdicional ainda não havia atingido - como ainda não atingiu - uma verdadeira posição de Poder do Estado. Isso acontecia, sobretudo, em virtude da visão bastante negativa que existia em torno dos juízes, que estavam a serviço do Monarca e contra o povo. Por esse motivo, na obra *Do espírito das leis* de Montesquieu, há, em diversas partes, o cuidado de se pôr limites à magistratura, evitando que a função jurisdicional se torne poderosa,

No tocante à hiper importância do Legislativo, vale citar o ensinamento de Fábio K. Comparato:[59]

> *"(...) ora, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do ser humano implicava, logicamente, a definição desses direitos, com uma adequada explicitação dos seus modos de exercício. O poder primordial do Estado constitucional, à época, disse-o Locke, só podia ser o Legislativo, por duas razões principais: ele representava e encarnava a soberania popular; ele editava, nessa qualidade, as normas declaratórias dos direitos de todos. O outro Poder, encarregado de aplicar, tanto no foro judicial quanto no extrajudicial, o direito proclamado pelo Legislativo, foi denominado por Locke, sugestivamente, Executivo. Nessa concepção, como se vê, não há lugar para a existência de um Poder Judiciário autônomo".*

Raul Machado Horta[60] sintetiza muito bem esse processo histórico até aqui estudado:

> *"A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma imperial e republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes do pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos fontes espirituais e ideológicas da concepção, que afirma a precedência dos direitos individuais inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem."*

Quando surge uma nova visão global do mundo, constituída de valores, crenças e interesses da classe social emergente que luta contra a dominação histórica do feudalismo aristocrático fundiário, nasce o liberalismo, tornando-se expressão de uma ética individualista voltada para a noção de liberdade total, e constituindo-se na bandeira revolucionária da burguesia capitalista apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas contra o Antigo Regime Absolutista.[61]

---

chegando a dizer que "dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo" e, mais adiante: "os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei" (Montesquieu, 1997:203 e ss.). Da mesma forma, no clássico *Dos Delitos e das Penas*, publicada em meados do século XVIII, o Marquês de Beccaria (1995:17) demonstra bem o espírito da época de temor dos magistrados ao defender que o juiz não deve interpretar as leis, pois não tem legitimidade para tanto: "não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e deixar que as leis voguem à torrente das opiniões".

[59] *Direito público: estudos e pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 191.

[60] *Constituição e direitos individuais.* Separata da Revista de informação Legislativa. nº 79, 1983. p. 147-148.

### 2.7.2 Direitos de segunda dimensão

O Despontar do Estado Social. Já no final do século XIX, com a revolução industrial, tornou-se imperioso reconhecer certos direitos sociais, culturais e econômicos derivados das reivindicações sociais resultantes do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanham: são os direitos de segunda dimensão.

Esses direitos, complementando os direitos de primeira dimensão, impõem ao Estado comportamento mais ativo na realização da justiça social. O mero reconhecimento formal da igualdade e liberdade não mais era suficiente para garantir o pleno gozo dos direitos fundamentais. Urgia que o Estado atuasse buscando não só a igualdade formal, mas, sobretudo, a material, vale dizer, a *igualização* dos indivíduos.

Como ensina Paulo Bonavides,[62] os direitos de segunda geração "*nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula*".

Nasce aí o Estado social *Welfare State*, onde a sua função primordial é assegurar ao indivíduo o exercício dos direitos políticos, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. O individualismo extremo das primeiras manifestações protetivas dos Direitos Fundamentais, dá lugar ao reconhecimento dos direitos em favor dos grupos sociais, o que não se fazia nas primeiras declarações, passando-se a reconhecer, paralelamente, ao indivíduo o direito de associação,[63] inclusive como garantia da própria liberdade individual.

Dessa forma, no início do Século XX, surgiram constituições que marcam maior preocupação com os direitos sociais, como a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição Soviética de 1918 e a Carta do Trabalho de 1927.[64]

Observando o catálogo dos direitos de segunda geração, notamos que, em geral, são de cunho prestacional, isto é, exigem uma atuação positiva e onerosa do

---

[61] Antonio Carlos Wolker, *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 114-115.

[62] *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 518.

[63] Donde partiu nosso interesse pelo efetivo acesso à justiça por meio dessas associações ou atualmente mais atuantes como ONG, na garantia do acesso à justiça e a sua celeridade na defesa dos direitos fundamentais difusos e coletivos.

Estado, sendo fácil constatar que sua concretização é bem mais intricada do que a dos direitos de primeira geração. Por essa razão, é marcante a tendência à hegemonia do Poder Executivo a partir desse período. Com efeito, no momento em que se atribui ao governante a missão de traçar os rumos para o desenvolvimento da sociedade, deixando de lado a política do *laissez-faire,* tornou-se fundamental dotar o Poder Executivo de mais *competências* e, por que não dizer, *poderes* visando a consecução desses objetivos.

Mais uma vez, vale transcrever lição de Fábio K. Comparato:[65]

> *"A transformação do Estado contemporâneo, engendrada pela revolução industrial, não acarretou a criação dessas funções governamentais ativas que sempre existiram, mas a mudança do eixo central das atividades estatais, da legislação para a administração, da proclamação e aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação. Mais do que isso: os objetivos ou resultados a serem alcançados por essas políticas passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não é a conservação mas a transformação da sociedade. O sistema jurídico como um todo tende, assim, a ser organizado em função desses objetivos concretos das políticas públicas."*

Embora houvesse clamores para o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão já no século XIX, é somente no século XX que esses direitos dominam e passam a constituir capítulos importantes em praticamente todas as Cartas Políticas já citadas.[66]

Não se pode deixar de constatar, outrossim, que, atualmente, os direitos fundamentais, sejam de defesa, sejam a prestações, são oponíveis não só aos Estados, mas, da mesma forma, em decorrência do acúmulo de poder econômico, aos indivíduos e às empresas privadas, não sendo raras as situações em que estes violam os direitos fundamentais.

No tocante à situação dos Poderes do Estado, no século passado, é notória a hipertrofia do Poder Executivo. Surgiu em alguns Estados, paradoxalmente, uma "ditadura constitucional", com o governo do centro fixando as regras para seu próprio comportamento, cometendo inevitáveis abusos em prejuízo dos direitos fundamentais.[67]

Portanto, afigura-se imprescindível a necessidade de se dotar o Judiciário de *poderes,* ou pelo menos reconhecer efetivamente os já concedidos pela

---

[64] Alexandre de Moraes. *Direitos humanos fundamentais.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 28-32.
[65] Op. cit. p. 192.
[66] Pinto Ferreira. *Curso de direito constitucional.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 44.

Constituição, suficientes não só para *frear* os desmandos e abusos do Executivo, mas, sobretudo, eis o ponto fundamental, fazer com que o governante atue visando os objetivos traçados pela carta política.[68]

Deve haver, destarte, um redimensionamento do princípio da Separação de Poderes. Se antes essa separação se movia no campo da simples organização e distribuição de competências, hoje ela deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais, visando, sobretudo à concretização desses direitos.[69]

### 2.7.3 Direitos de terceira e de quarta dimensão

A ruptura dos paradigmas e a reconstrução dos direitos fundamentais. Foi necessário que o mundo presenciasse todas as atrocidades e barbaridades cometidas pelos regimes totalitários para que ressurgisse no seio da coletividade a noção de dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, de proclamação e proteção dos direitos fundamentais.

Com efeito, depois da segunda grande guerra, com a quase dizimação do povo judeu e após todas as outras crueldades praticadas pelos nazistas, estalinistas, fascistas, franquistas, salazaristas, getulistas e demais regimes totalitários, houve o verdadeiro nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, visando não somente à proteção dos interesses de um único indivíduo, de grupo ou um determinado Estado, mas, também, de todo o gênero humano. São os direitos de terceira dimensão.

A tríade dimensional teorizada na Revolução Francesa se completa, após mais de trezentos anos de evolução dos direitos fundamentais, com os direitos de terceira dimensão. A liberdade (direitos de primeira dimensão) e a igualdade (direitos de segunda dimensão) fundem-se e se interagem dialeticamente, dando origem à fraternidade ou solidariedade (direitos de terceira dimensão).

---

[67] Dalmo de Abreu Dallari. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 162.

[68] Parece importante deixar claro que esse aumento do *poder* do Judiciário, na medida do possível, deve circunscrever-se a sua atuação enquanto órgão controlador no sistema de freios e contrapesos. Isto porque somos tributários do pensamento de Amilton Bueno de Carvalho (1997:370) que defende para soluções de conflitos inter-individuais – de cunho privado, na tradicional classificação – que "o juiz deve ser *parceiro de caminhada* dos litigantes na construção democrática. Deixar de ser a estrela do espetáculo forense, para ser companheiro das partes na busca da autonomia, no sentido de que elas mesmas construam sua história".

[69] Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 587.

A doutrina indica a existência, mas não exclui a possibilidade de surgimento de outros, de cinco direitos de terceira geração: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Denota-se que os direitos de terceira dimensão surgem também da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento daí o coroamento do chamado "direito ao desenvolvimento".

Dado o destinatário próprio dos direitos de terceira dimensão, que é o gênero humano como um todo, entende-se inócua a proclamação desses direitos por um único ou poucos Estados. A união de todos os povos, universalmente conscientizados, é a única maneira de se buscar a concretização dos direitos humanos. Daí percebe-se, no segundo pós-guerra, uma série de proclamações no nível interestatal para proteger os direitos de todas as dimensões, demonstrando uma tendência nítida à internacionalização desses direitos.

Com a globalização política, social, cultural e econômica, Paulo Bonavides[70] preconiza o surgimento de uma quarta dimensão de direitos, "compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos" e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política.

Os direitos de quarta dimensão, segundo Paulo Bonavides,[71] são os direitos à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles, prossegue, depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Se for certo que a quarta dimensão dos direitos fundamentais ainda se encontra longe de obter o total reconhecimento por parte do direito interno e internacional, também não se pode negar que, dado o impulso histórico da humanidade ao reconhecimento dos direitos humanos, floresce a esperança, "eminentemente profética, mas não necessariamente utópica",[72] de que em um futuro próximo teremos proclamados todos esses direitos.

---

[70] Op. cit. *Curso de direito...* p. 60.
[71] Idem, ibidem, p. 525.
[72] Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 55.

## 2.8 A nova roupagem dos direitos fundamentais

Em arremate ao que até este momento foi exposto, observa-se que, no plano histórico, a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos a qual é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para a compreender, é preciso partir dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. [73]

Em outras palavras, há uma mudança de perspectiva quanto ao fim do Estado: antes, o Estado se organizava para si; agora, para o cidadão e para a sociedade. No mesmo sentido, como observa Celso Lafer,[74] os direitos humanos representam, no plano jurídico, uma inversão da figura deontológica originária, ou seja, significam uma passagem do dever do súdito para o direito do cidadão.

Assim, nasce o direito do indivíduo de ter direitos, o maior postulado da cidadania, pois se parte do pressuposto de que a pessoa humana tem dignidade e singularidade que não se dissolvem no todo da boa gestão da comunidade política.

Modificou-se a relação direta, exclusiva e unidimensional existente entre cidadão e Estado, e vice-versa, caracterizada pela postura negativa do Estado *status negativus* e pelo subjetivismo individualista da idade liberal. A relação, a partir de então, torna-se mais ampla que é a do *status positivus*, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a sociedade e o Estado.

Destarte, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, deixando de lado a concepção subjetiva de que os direitos humanos eram praticamente destituídos de força normativa, adquirem uma dimensão até então ignorada: a de norma objetiva, de validade universal e indivisível, de conteúdo indeterminado e aberto,[75] "num âmbito de alto teor material de juridicidade", sendo aplicável global e indistintamente.

---

[73] Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.4.
[74] *A soberania e os direitos humanos*. São Paulo: Lua Nova n.º 35, 1995. p 140.
[75] Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 540.

## 2.9 A constitucionalização dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, por representarem regras e princípios básicos e elementares do ser humano, pertencentes a uma determinada sociedade, não poderiam encontrar melhor guarida para sua positivação senão na Constituição.

Cabe ainda destacar que, embora o jusnaturalismo tenha inspirado o constitucionalismo, os direitos humanos não são inatos à natureza humana somente, mas, também, resultam de lutas históricas pela libertação e emancipação do homem, que desencadearam as declarações de direitos firmadas em diferentes épocas da história da humanidade. Dessa forma, alerta Norberto Bobbio:[76] "(...) *os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação*".

Servindo-se das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo, Norberto Bobbio ao descrever o processo que culmina na positivação dos direitos humanos, diz-nos que "(...) os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais".[77]

A Constituição deve levar em conta os elementos sociais, econômicos e o estado espiritual de seu tempo segundo José Joaquim Gomes Canotilho.[78]

> *"(...) sem essa positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional".*

São os direitos fundamentais, na feliz expressão de Paulo Bonavides,[79] "(...) o oxigênio das constituições democráticas". Dizer que são direitos constitucionais fundamentais significa, precipuamente, dizer que estes têm uma superioridade em face das demais normas da própria constituição, e que têm vinculatividade imediata aos poderes públicos.[80]

Corroborando ainda mais essa tese, Alexandre de Moraes[81], resumindo as idéias que levaram ao surgimento dos direitos humanos fundamentais, explica que

---

[76] Norberto Bobbio. Op. cit. *A era...* p. 32.
[77] Idem, ibidem, p. 30.
[78] *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 497.
[79] Op. cit. *Curso de...* p. 301.
[80] José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 499.
[81] Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*. 5ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19.

> "Esses ideais encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo".

Pode-se afirmar que teriam sido um dos motivadores do controle dos monarcas e detentores do poder público, nesse sentido encontramos:

> *"(...) assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular".*[82]

Com essa mudança de paradigma, os direitos fundamentais tornam-se bússolas das Constituições, situando-se no topo da hierarquia constitucional. Esta (a Constituição), por sua vez, deixa de ser mero documento político-formal, compondo um sistema de normas na imagem clássica do positivismo para se transverter num sistema de valores e, a seguir, num sistema de princípios, com uma dimensão de juridicidade máxima, e que gera conceitos novos tais como o de "concordância prática"[83] e "concretização".

Aliás, como nos ensina Paulo Bonavides, [84] "(...) o conceito de concretização é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direitos fundamentais".

O que se observa, dessa sintética análise, é que a história dos direitos humanos é a história da tentativa constante de reconhecimento por parte dos detentores do poder, ou seja, a história dos direitos fundamentais é, de certa forma, a história da limitação do poder.[85]

Ocorre uma maior efetivação dos direitos humanos fundamentais durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos, a Constituição Espanhola de 1812, Constituição Portuguesa de 1822, Constituição Belga de 1831, Declaração Francesa de 1848[86], e, em especial, a do Brasil de 1824. Falando na Constituição brasileira, no tópico a seguir, estuda-se as origens no direito constitucional pátrio.

---

[82] Idem, ibidem, p. 15.

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

[84] Op. cit. *Curso de...* p. 585.

[85] Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 36.

## 2.10 As origens dos direitos fundamentais no Brasil

É interessante relatar, resumidamente, também, o contexto histórico que ensejou o surgimento das Constituições brasileiras, a fim de que se torne mais fácil a compreensão de mudanças e inovações que surgiram posteriormente.

### 2.10.1 A Constituição de 1824

Em seu artigo 179, essa Constituição trazia uma declaração de direitos e garantias individuais que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores.

Pode-se dizer que a Constituição imperial consagrou os principais direitos humanos, como então eram reconhecidos. Por um lado, foi uma Constituição liberal, no reconhecimento de direitos; por outro, porém, foi bastante autoritária, devido à concentração de poderes nas mãos do Imperador, resultante do Poder Moderador.

Seguindo os passos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decretada pela Assembléia Nacional Francesa em 1789, a Constituição imperial afirmou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179). Omitiu, contudo, o quarto direito natural e imprescritível, proclamado, ao lado desses três, pelo artigo segundo da Declaração francesa: o direito de resistência à opressão.

Do constitucionalismo inglês herdou a vedação da destituição de magistrados pelo rei, o direito de petição, as imunidades parlamentares, a proibição de penas cruéis (*Bill of rights*, 1689) e o direito do homem a julgamento legal (Magna Carta, 1215).

As principais conquistas asseguradas pela Constituição de 1824 foram as seguintes: liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente de censura; liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado; igualdade de todos perante a lei; abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém; direito de propriedade; liberdade de trabalho; instrução primária gratuita; direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição.

---

[86] Afonso da Silva, op. cit. *Curso de...* p. 157.

## 2.10.2 A Constituição de 1891

Dalmo de Abreu Dallari aponta que a Constituição de 1891 foi moldada segundo o estilo da Constituição norte-americana, com as idéias diretoras do presidencialismo, do federalismo, da tripartição do poder, do liberalismo político, e da democracia burguesa.[87]

José Afonso da Silva entende que "(...) *o sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais e locais, adormecidos sob o manto do mecanismo unitário e centralizador do Império*". Destaca, ainda, a emergência do federalismo, não só como derivação da estrutura formal de organização do Estado, mas muito mais como resultante de um quadro real de relações políticas, econômicas e sociais caracterizadas pela prevalência dos interesses do poder oligárquico, fenômeno conhecido como coronelismo.

O poder político poderia ser exercido independentemente do poder financeiro do indivíduo. Seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, excluindo desse alistamento os mendigos, os analfabetos, as praças de pré, os religiosos sujeitos a voto de obediência e as mulheres. O voto continuava, porém, a ser aberto e os fortes economicamente continuavam detendo a política local.

Não obstante essa realidade, que restringia o poder a camadas privilegiadas, a primeira Constituição republicana ampliou os Direitos Humanos, além de manter as franquias já reconhecidas no Império: separou-se a Igreja do Estado e estabeleceu-se a plena liberdade religiosa; consagrou-se a liberdade de associação sem armas; assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa; aboliram-se as penas de galés, banimento judicial e morte; criou-se *o habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder (depois se restringe o uso desse remédio processual a casos relacionados à liberdade de locomoção); instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), mas, expressamente, só em favor dos juizes federais.

---

[87] Dalmo de Abreu Dallari. *O que são os direitos da pessoa*. 5ª ed. Brasília: Brasiliense, 1995. p. 74.

## 2.10.3 A Constituição de 1934

O texto constitucional de 1934 emana do processo de transformação vivido pelo país, que tem como marco a Revolução de 30, cuja causa imediata foi o processo eleitoral para a escolha do sucessor do presidente Washington Luiz, que deu a vitória para Júlio Prestes. Mas o movimento revolucionário decorreu, em instância mais ampla, da corrosão do sistema político vigente na primeira República com a explicitação de conflitos econômicos, sociais e políticos. Com Getúlio Vargas no poder, como líder civil da Revolução, dedica-se à questão social.

O modelo do novo texto é a Constituição alemã de *Weimar*, catalogando-se o nosso regime, no entender de Pinto Ferreira em

> *"(...) não mais como uma democracia liberal, e sim como uma democracia social, com a poderosa aplicação do campo do governo no campo econômico; (...) as grandes bases da democracia social foram instituídas, guardando-se, em certas variantes, no mais, o modelo constitucional de 1891".* [88]

Comentando as disposições dos textos constitucionais, Dalmo de Abreu Dallari enumera elementos que evidenciam seu sentido inovador:

> *"Regular melhor o mecanismo presidencialista, limitando o poder pessoal do chefe de Governo por várias fórmulas adotadas. (...) Fortaleceu o regime representativo. (...) reforçou a estrutura Federativa.(...) Reconhecendo os direitos sociais, revestiu de proteção maior os principais direitos do trabalhador. (...) Criou o mandado de segurança. (...) Instituiu as primeiras normas conducentes ao regime de planificação (...) garantiu a liberdade econômica dentro dos limites em que fossem observados os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional (...)'* [89]

A partir de 1934, verifica-se uma maior inserção dos direitos sociais (direitos de 2ª geração) nas Constituições brasileiras. Eles exigem do Estado uma maior participação para que possam ser implementados, ou seja, há a necessidade de uma atuação estatal positiva.

Para João Baptista Herkenhoff,[90] essa Constituição guiava o pensamento da sociedade e a ação do Governo para um programa de leis cujo valor maior recaía no bem comum.

---

[88] *Curso de direito constitucional.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 152.
[89] Op. cit. *O que são...* p. 44-45.
[90] *Curso de direitos humanos:* gênese dos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica. 1992. p. 83. v. 2.

Instituiu a Justiça Eleitoral (art. 82 e ss.) e o voto secreto (art.52, §1º), abrindo os horizontes do constitucionalismo brasileiro para os direitos econômicos, sociais e culturais (art.115 e ss., art. 148 e ss.).

A Constituição de 1934, entre outras coisas: explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuindo que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, riqueza, classe social, crença religiosa ou idéias políticas; manteve o *habeas-corpus* para proteção da liberdade pessoal, e instituiu o mandado da segurança, para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade; vedou a pena de caráter perpétuo; proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; criou a assistência judiciária para os necessitados.

### 2.10.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937, inspirada na Constituição polonesa de 1935, teve por objeto fundamental o fortalecimento do Poder Executivo federal na sua relação com os Poderes Legislativo e Judiciário, e com as outras esferas do governo.

Durante o Estado Novo, não estiveram de pé os direitos humanos. [91]

A magistratura perdeu suas garantias (art. 177). Um tribunal de exceção, o Tribunal de Segurança Nacional, passou a ter competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições (art. 172). Leis eventualmente declaradas contrárias à própria Constituição autoritária, ainda assim podiam ser validadas pelo Presidente.

A Constituição declarou o país em Estado de emergência (art. 186), com suspensão da liberdade de ir e vir, censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas, suspensão da liberdade de reunião, permissão de busca e apreensão em domicílio (art. 168).

Enfim, muitos direitos e garantias individuais fundamentais, até mesmo aquelas que não representavam risco algum ao regime vigente, perderam sua efetividade plena.

---

[91] João Baptista Herkenhoff, op. cit. *Curso de...* p. 78.

## 2.10.5 A Constituição de 1946

Promulgada em 18 de setembro de 1946, inspirou-se, em grande parte, nos textos de 1891 e 1934, e teve como eixos básicos a consolidação de um sistema político fundado na democracia representativa, a institucionalização da federação e da autonomia municipal e a progressão no tratamento constitucional dos direitos e garantias fundamentais e de matéria econômica e social.

A Constituição de 1946, nas palavras de João Baptista Herkenhoff,[92] restaurou a plenitude dos direitos e garantias individuais, que foram ampliados, em comparação com o texto constitucional de 1934.

Criou-se, por intermédio do artigo 141, § 4º, o Princípio da Inafastabelidade do Judiciário, nesses termos: "(...) a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Foi estabelecida a soberania dos veredictos do júri e a individualização da pena. Surge oficialmente o direito fundamental de acesso à justiça.

Os direitos sociais foram ampliados, sendo estatuídos: salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua família; participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa; proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos; assistência aos desempregados; obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes de trabalho; direito de greve; liberdade de associação profissional ou sindical; criação da Justiça do Trabalho como ramo do Poder Judiciário.

Mantiveram-se os direitos de salário superior do trabalhador noturno em relação ao do trabalhador diurno e de repouso nos feriados civis e religiosos, inovações trazidas pela Carta de 1937.

Referindo-se aos direitos sociais, estes se ampliaram, sendo acrescidos de: gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos; obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino primário para os servidores e respectivos filhos; obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores; instituição de assistência educacional em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar.

---

[92] Op. cit. *Curso de* ... p. 79.

A partir do golpe de 1964, a Constituição de 1946 sofreu múltiplas emendas e suspensão da vigência de muitos de seus artigos. Isso aconteceu por força dos Atos Institucionais de 9 de Abril de 1964 (posteriormente considerados como o de nº 1) e 27 de Outubro de 1965 (Ato Institucional de nº 2 ou AI - 2).

### 2.10.6 A Constituição de 1967

O texto constitucional "(...) sofreu poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou(...)"[93]. Esse novo texto demonstrou preocupação fundamental com a segurança nacional, aumento dos poderes concernentes à União e ao Presidente da República, redução da autonomia individual, com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais, e reformulação dos sistemas tributário e orçamentário.

Comparada com a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 apresenta graves retrocessos: (a) suprimiu a liberdade de publicação de livros e periódicos ao afirmar que não seriam tolerados os que fossem considerados (a juízo do Governo) propaganda de subversão da ordem; (b) restringiu o direito de reunião facultando à polícia o poder de designar o local para ela. Usando desse poder como artifício, a polícia poderia facilmente impossibilitar a reunião; (c) criou a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal para aquele que abusasse dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art.151); e (d) manteve todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais.

Entretanto, mesmo com todas essas ressalvas, a Constituição de 1967 não se harmonizou com a doutrina dos Direitos Humanos pelas seguintes razões: restringiu a liberdade de opinião e expressão; deixou o direito de reunião a descoberto de garantias plenas; fez recuo no campo dos direitos sociais e manteve as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais.

Segundo João Baptista Herkenhoff,[94] a Constituição de 1967 ruiu sob o AI-5, em Dezembro de 1968.

---

[93] José Afonso da Silva, op. cit. p. 78.

## 2.10.7 A Constituição de 1988

É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e, especialmente, porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.[95]

Sem receio de equívoco, pode-se dizer que o direito positivo brasileiro, pós a Carta Política de 5 de outubro de 1988, atingiu quase a plenitude, pelo menos tendo em vista os parâmetros e anseios da sociedade brasileira em sua atual fase de evolução, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, sendo detectados tanto direitos de primeira, segunda, terceira bem como a abertura para reconhecimento dos direitos de quarta dimensão.

Como afirma Flávia C. Piovesan [96] a Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil, introduzindo, indiscutivelmente avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.

Tamanha a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais que a Constituição, em seu artigo 60, § 4º, declara as cláusulas pétreas, compondo, assim, o seu núcleo intocável.

Ferreira Pinto,[97] ao comentar a Constituição brasileira, no tocante aos Direitos Fundamentais, afirma:

> *"A ordem constitucional brasileira assegura a inviolabilidade de cinco direitos fundamentais: a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade. (...) Os direitos fundamentais assegurados nas constituições formam as chamadas liberdades públicas, que limitam o poder dos entes estatais. São elas: a) as liberdades clássicas ou civis; b) a liberdade política ou liberdade-participação; c) as liberdades concretas, bipartindo-se em liberdades econômicas e sociais."*

Os direitos fundamentais contidos na Lei Maior brasileira vigente são os mais abrangentes e extensos de todas as nossas Constituições.

A Constituição Federal acolhe, além dos direitos explícitos, os chamados direitos implícitos, até porque a Lei Maior não tem a pretensão de ser exaustiva ao estabelecer os setenta e sete incisivos do art. 5º. Com efeito, a Constituição de 1988

---

[94] Op. cit. *Curso de direitos humanos...* p. 83.
[95] José Afonso da Silva, op. cit. p. 85.
[96] *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 55.
[97] *Comentários à constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989. p. 59. v. 1.

admite a existência de outros direitos *"por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte"* (art. 5º, §2º). Assim, poder-se-á deduzir direitos individuais decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais.

Flavia C. Piovesan[98] declara que, no intuito de reforçar imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5°, § 1°. Mas, a mesma professora, aceita que algumas normas não seriam autoaplicáveis, como explica:

> *"A intenção que o ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não executável pela natureza das coisas."*

O art. 5°, § 2° da Constituição, enuncia que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu um § 3º junto ao art. 5 º, elevando a *status* de emendas constitucionais, os tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Com esse acréscimo, entende-se o compromisso do Brasil em face dos direitos humanos. Como bem pondera Flávia Piovesan:[99]

> *"(...) a partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas na primazia dos direitos humanos"*

Os direitos fundamentais, pela primeira vez, foram colocados em situação de *núcleo substancial* da Constituição, tanto pelo aspecto topográfico como por serem inclusos no rol de *cláusulas pétreas* ou *garantias de eternidade* (art. 60, §4°, IV, da CF/88).[100]

---

[98] Op. cit. *Direitos humanos...* p. 60.

[99] Flávia C. Piovesan. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 46.

[100] Discute-se bastante acerca da amplitude do rol de direitos fundamentais postos à condição de cláusula pétrea. Parece, todavia, que literalidade da expressão constitucional que reza que apenas os "direitos e garantias

A dignidade da pessoa humana passa a integrar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1°, III), a qual se rege nas suas relações internacionais, que veremos mais à frente, pela prevalência dos direitos humanos (art. 4°, II). Destarte, o valor da dignidade humana e os direitos fundamentais impõem-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, servindo como parâmetro orientador à hermenêutica constitucional.

Ademais, não se pode negar o avanço de nossa Lei Fundamental ao dispor o §1° do art. 5° que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, demonstrando a clara intenção de se construir uma Constituição *normativa*, vale dizer, não apenas juridicamente válida, mas que está, além disso, vivamente integrada na sociedade, quebrando-se, dessa forma, a velha tradição constitucionalista brasileira de Constituições meramente nominais (Constituições de 1891, 1934 e 1946) ou semânticas (Constituições de 1937, 1967 e 1969).[101]

O caráter *compromissário,* com os direitos humanos, da Constituição reflete-se também no preâmbulo e na enunciação dos objetivos a serem alcançados pelo País, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o que demonstra o firme propósito de se formar um Estado social, embora não encontramos no texto constitucional menção expressa nesse sentido.

Com efeito, na análise incensurável de José Afonso da Silva[102]

> *"(...) é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana".*

---

individuais" são consideradas garantias de eternidade aos poucos vai cedendo lugar a uma interpretação mais ampla para abranger todos os direitos fundamentais, inclusive os coletivos.

[101] Explica-nos Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 225): Constituição *normativa* é a "roupa que assenta e veste bem", isto é, suas normas dominam o processo político, ou inversamente, o processo de poder se amolda às normas da Lei Maior, submetendo-se a elas; Constituição *semântica* é a meramente formal, vale dizer, "a roupa não veste bem, como no caso da Constituição normativa, mas esconde, dissimula ou disfarça" e, finalmente, na Constituição *nominal* existe uma desarmonia entre os pressupostos sociais ou econômicos existentes e a aspiração constitucional, a ser sanada com o passar do tempo, pelo amadurecimento esperado, em outras palavra, usando o simbolismo já empregado, "a roupa fica por certo tempo guardada no armário e será vestida quando o corpo nacional haja crescido".

[102] Op. cit. *Curso de* ... p. 93.

## 2.10.8 Aglutinação dos direitos fundamentais na Constituição vigente

Irrefutável, pois, é a afirmação de que os direitos enunciados na Constituição Federal de 88 em seu art. 5º, embora exaustivos, não são taxativos, mas meramente exemplificativos, sendo facilmente encontrados outros direitos em partes esparsas do texto constitucional.

Aliás, não é despiciendo lembrar que nem todos os direitos fundamentais encontram-se *explícitos* em nossa Lei Maior. Afora os direitos decorrentes dos tratados internacionais de que seja parte o Brasil, que são fundamentais por força do § 2°, do art. 5°, ainda se encontra na Constituição direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, como por exemplo, do duplo grau de jurisdição,[103] o da proporcionalidade,[104] o direito à resistência, dentre outros.

Nesse sentido, com bastante propriedade, Flávia C. Piovesan[105] assevera que os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos:

a) o dos direitos expressos na Constituição;
b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional e;
c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

No que concerne ao tipo de atuação estatal, podemos dizer que há três grandes classes de direitos fundamentais: (a) os que exigem uma atuação negativa do Estado (direitos de defesa ou *status negativus*); (b) os que requerem uma atuação positiva do Estado (direitos a prestações ou *status positivus*) e (c) direitos políticos, de caráter misto (*status activus*).

---

[103] Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido R. Dinamarco: "O princípio (do duplo grau de jurisdição) não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição." (*Teoria geral do processo*, 11ª ed. Malheiros: São Paulo, 1995, p. 55). Entendendo, lamentavelmente, que a Constituição não garantiu o princípio do duplo grau de jurisdição administrativo, o STF, no RE-169077/MG, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 05/12/1997, assim decidiu: "não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso de recurso administrativo, pois não se insere, na Carta de 1988, garantia do duplo grau de jurisdição administrativa".

[104] "Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade." Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 397.

[105] *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 35.

Os direitos de defesa, de caráter negativo por excelência, são todos aqueles que clamam por um não atuar do Estado, ou seja, são todos aqueles que se caracterizam por exigir um não agir, uma omissão estatal.

Fazem-se presentes, também, na noção de direito fundamental, os direitos que requerem uma prestação positiva do Estado, possibilitando ao indivíduo a plena satisfação de suas necessidades substanciais (saúde, lazer, trabalho, educação *etc.*)[106] e, também, direitos de participação, isto é, visando garantir a participação dos cidadãos na vida política do Estado democrático representativo.

Os direitos a prestações, por sua vez, exigem uma atuação positiva do Poder Público, vale dizer, são aqueles dirigidos diretamente ao Estado prescrevendo condutas (atos comissivos) a serem seguidas pelo agente público, a fim de se atingirem os objetivos previamente traçados. Podem ser divididos em direitos a prestações jurídicas e direitos a prestações materiais.

Os primeiros são direitos do cidadão em face do Estado no sentido de que este elabore normas ou pratique atos jurídicos; os segundos, também conhecidos como direitos a prestações em sentido estrito ou por excelência, são direitos do cidadão em face do Estado no sentido de que este lhe forneça determinadas prestações materiais (educação, habitação, cuidados médicos, intervenção policial, JUSTIÇA etc.).

Essa distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações torna-se de transcendental importância para compreensão do problema da eficácia, ou mais precisamente, aplicação dos direitos fundamentais.

Na doutrina nacional e alienígena, há muitas outras classificações.[107] Pode-se dizer que cada autor ao tratar do tema ofereceu uma nova classificação à sua maneira.

---

[106] Nesse sentido, Norberto Bobbio. *A era* ..., op. cit. p. 72: "(...) o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela "prática" de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado".

[107] "*Hauriou classificava esses direitos em liberdades da vida privada, liberdades cívicas e liberdades políticas. Carl Schmitt, por seu turno, enuncia quatro grupos de direitos do homem, quais sejam, os direitos de liberdade do indivíduo isolado, os direitos de liberdade do indivíduo em relação aos outros, os direitos políticos do cidadão no Estado e os direitos e pretensões socialistas. Stier-Somló alude aos seguintes grupos de direitos fundamentais: (a) direitos fundamentais do indivíduo; (b) direitos éticos-sociais; (c) direitos políticos e (d) direitos socialistas*". Pinto Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. p.100.

No entanto, para que esse trabalho, em que se examina o acesso à justiça às demandas coletivas, não se esgote em um emaranhado de elucubrações técnico-jurídicas e fique flutuando em devaneios meramente doutrinários, prefere-se não citar e comentar todas as tradicionais classificações dos direitos fundamentais, vez que apenas repetem ou complementam, com outros termos, a classificação já apresentada, que é uma evolução dessas clássicas sistematizações.

Por fim, demonstrou-se neste item, que a tentativa de aglutinar todos os direitos fundamentais num capítulo ou até em único título da Constituição, é inútil, pelos fatos expostos, assim, não vale dizer que somente no art. 5° encontra-se os direitos fundamentais.

## 2.11 A efetividade[108] dos direitos fundamentais

> *"Finalmente, descendo do plano ideal para o plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva".*[109]

De início, deve ser ressaltado que o importante não é apenas positivar os direitos fundamentais, mas dotá-los de meios capazes de se tornarem efetivos no mundo real e jurídico, e, com isso, que não venham a ser passíveis de constantes violações.

Sob esse aspecto, Norberto Bobbio [110] deixa expresso que o campo dos direitos fundamentais tem estrada desconhecida, e, "(...) *além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados*", aponta para a necessidade de que esses direitos não fiquem à mercê das autoridades públicas.

Para se expressar de forma mais clara sobre o que ficou indicado pelo saudoso professor, basta observar que os Estados vêm implementando uma política

---

[108] Cabe destacar que na Constituição brasileira vigente em seu art. 5°, § 1° determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Adota-se para este estudo o termo de efetividade conforme linha de pensamento de Norberto Bobbio ao fazer a distinção entre eficácia e efetividade, para ele a efetividade tem relação com o poder e eficácia tem relação com a norma em si, assim, o poder efetivo é o poder que consegue obter o resultado proposto. (*Contribuición a la teoria del Derecho*. Trad. de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Ed. Debate, 1990. p. 49)

[109] Norberto Bobbio, Op. cit. p. 75.

[110] Idem, ibidem. p. 37.

liberalizante de suas economias e, por conseqüência, negligenciam a prestação efetiva dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que demandam uma ação estatal positiva, como é o caso dos direitos sociais.

Desde já, evidencia-se que esses direitos não alcançarão seu escopo maior caso não sejam dotados de remédios capazes de compelir a inércia estatal, principalmente a legislativa, para que esse abuso de poder tenha um termo.

Uma coisa é a norma despida de eficácia; outra é a necessidade de complemento, pois aquela em tempo e momento algum irá surtir efeitos no mundo jurídico, como regra, enquanto nesta, existe um estado latente, ou mesmo, dentro de uma visão figurada, é um vulcão adormecido que a qualquer momento soltará suas larvas, como é o caso dos direitos fundamentais, que, ocorrida sua completude, seja pelo próprio legislador, seja pelo cidadão, alcançará aquele direito em seu nascedouro, fazendo-o vivo como se sempre ali estivesse esculpido.

Norberto Bobbio,[111] após analisar os fatores que dificultam a efetivação ou aplicação das normas jurídicas referentes aos direitos humanos, com um pouco de ironia e perplexidade, questiona:

> *"O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. (...) Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem* hic et nunc, *mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados* sine die, *além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o `programa´ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de 'direito'?"*

Realmente, é conhecimento elementar, até para quem inicia no estudo da Ciência do Direito, que as normas jurídicas diferem-se das morais justamente pelo seu caráter sancionatório, que lhe dá imperatividade.

Dizer que uma norma constitucional não é norma jurídica, por não haver a devida sanção, é negar o próprio sistema jurídico que a Constituição fundamenta. Logo, sendo a norma constitucional norma jurídica, não resta dúvida quanto ao caráter imperativo de suas disposições.

---

[111] Op. cit. *A era....* p. 77-78.

Rui Barbosa,[112] citado por Flávia C. Piovesan,[113] em seu tempo, já lecionava que *"(...) não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos".*

Também nesse sentido, é sempre oportuno invocar o ensinamento de Luiz Roberto Barroso:[114]

> *"As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências de insubmissão a seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nessa matéria, ao considerá-las prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico."*

Destarte, "direito", como ensina Norberto Bobbio,[115]

> *"(...) é uma figura deontológica e, portanto, um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por `existência´ deve entender-se tanto o mero fator exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação".*

Lição primorosa nesse sentido é de Celso Antonio Bandeira de Mello,[116] quando afirma que *"(...) todas as normas concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham valores distintos. Tais direitos são verdadeiros `direitos subjetivos` na acepção comum da palavra"*

*Aliás, conforme ensina* José Joaquim Gomes Canotilho[117] *"(...) pode e deve dizer-se que hoje não há normas programáticas".* E prossegue o autor como sendo claro,

> *"(...) que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõe uma atividade e dirigem materialmente a concretização*

---

[112] *Comentários à Constituição federal brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4.
[113] Op. cit. *Proteção...* 1995. p. 52.
[114] *Interpretação e aplicação da Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 226.
[115] Op.cit. *A era...* p. 79.
[116] *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 254.
[117] *Direito constitucional.* Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 132.

*constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: 'simples programas', 'exortações morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade; às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição".*

Importa frisar que, na atual fase de evolução da hermenêutica constitucional, a busca da máxima eficácia das normas constitucionais, ante as circunstâncias de cada caso, é o principal caminho que o intérprete e aplicador do direito deve trilhar, sobretudo quando se trata de normas definidoras de direitos fundamentais coletivos ou individuais, que, por força do §1°, do art. 5°, repita-se, têm aplicação imediata.

O princípio da efetividade das normas constitucionais e o reconhecimento e incremento de sua força normativa, segundo J.J. Gomes Canotilho, citado por Luis Roberto Barroso[118]

*"(...) pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".*

Dessa forma, se o próprio constituinte, entregando-se, muitas vezes, a devaneios irrealizáveis, contribui para a desvalorização da Constituição como documento jurídico, cabe ao jurista, ao se deparar com a inércia do Poder Público em face de um caso concreto de manifesto desrespeito à Constituição, formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas.

Ora, sendo o criador da lei individualizada ao caso concreto, diante de uma norma constitucional definidora de direitos – que não é meramente programática – o juiz, ao sentenciar, deve encontrar meios de tornar essa norma eficaz e exeqüível em vez de, covardemente, negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais sob o argumento de que não existe legislação integradora dispondo sobre a matéria.

Aliás, uma das primeiras lições que aprendemos no curso de Direito é o princípio da plenitude do ordenamento jurídico, isto é, o ordenamento jurídico é completo, sem *lacunas*.

---

[118] Op. cit. *Interpretação e* ...p. 220.

Do princípio da completude do ordenamento podemos retirar duas regras fundamentais: *"(...) 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema"* [119]

Nosso ordenamento jurídico positivou esses dois princípios gerais nos seguintes dispositivos:

> *"O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito" (art. 126 do Código de Processo Civil) e, "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"* (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Portanto, caso o juiz não encontre disposições legais capazes de suprir a plena eficácia da norma constitucional definidora de direito, deve buscar outros meios de fazer com que a norma atinja sua máxima efetividade, como por meio da analogia, dos costumes e, sobretudo, dos princípios gerais de direito.

Dessume-se, portanto, do que foi exposto, que os direitos fundamentais possuem carga jurídica suficiente para gerar, em alguns casos, aos administrados, o direito subjetivo de exigir a sua observância por parte do Estado.

Não obstante, se é certo que o juiz deve buscar todas as maneiras de tornar o preceito constitucional o mais concreto possível, não se pode ignorar que, graças à vaguidade, generalidade e amplitude das normas constitucionais, muitas vezes a concretização desses princípios é obstaculizada por fatores diversos (econômicos, sociais e, inclusive, naturais).

Chama a atenção José Joaquim Gomes Canotilho[120] que *"(...) ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais (...)"*, o que faz concluir que não se pode suprimir, por mais que se tente, o efeito vinculante dos direitos fundamental.

Observa-se o perigo a que estas teses levam, dado que a visão estreita do tema faz que existam dois pontos estanques, porém contando com vasos comunicantes. Estanques devido à indicação da independência legislativa em concretizar a norma e comunicantes pelo fato de a ocorrência do complemento

---

[119] Norberto Bobbio, op. cit. *Teoria....* p. 118.

legislativo estar adstrita à existência de recursos financeiros do País, que, em síntese, levariam à ineficácia dos direitos fundamentais.

É salutar apontar para o fato de que não se está acolhendo a figura de direitos fundamentais absolutos, pois direito algum pode contar com tamanha grandeza, mas a necessidade de se conferir eficácia a direitos já consagrados em sede constitucional.

Todavia, poder-se-ia responder a essas colocações com outra pergunta: ao juiz é dado o direito de negar a prestação jurisdicional, sob o argumento de inexistência de legislação? Mas, para se evitar uma petição de princípio, a solução deve ser apontada. Buscando-se o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil-CPC encontra-se clara indicação que ao Juiz não é dado o direito de eximir-se de sentenciar, alegando obscuridade na lei, pois a ele é facultado valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, ou seja, a concretização do direito deve vir por normatização jurisdicional.

Assim, a indicação de que o julgador não conta com meios para decidir é um argumento contra o homem, logo, uma falácia. Parece que adotar entendimento contrário, ou seja, acolher essa inércia legislativa de forma pura é admitir a paralisação da própria Constituição, ou mesmo negar a existência de princípios constitucionais, o que levaria à derrogação do Estado Democrático e de Direito, no nosso entendimento.

Dessa forma, a inação legislativa não pode ser óbice ao exercício pleno dos direitos fundamentais, pois como alude Anna Cândida da Cunha Ferraz[121]

> *"(...) a inatividade do legislador, isto é, a inércia, a demora mais ou menos prolongada, o retardamento do Poder Legislativo no elaborar normas de aplicação da Constituição merece ser particularmente acentuada pelas graves conseqüências que produz na vida constitucional dos Estados".*

Outro dado interessante é o destaque feito por Celso Antônio Bandeira de Melo[122] de

> *"(...) que a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo induvidoso de sua significação.*

---

[120] *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 369.

[121] *A inércia no plano constitucional.* São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez./ 82, n. 19. p. 95.

[122] *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.* São Paulo: *Revista de Direito Público*, jan./ junho 1981. p. 245.

*Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição".*

Comporta aqui uma referência: a não-admissibilidade da existência de direitos absolutos é perfeitamente possível, visto não se poder hierarquizá-los. Todavia, permitir que se quebre a força desses mesmos direitos, respeitando apenas o seu núcleo essencial, é não reconhecer a origem do poder constituinte derivado e deixar ao largo a vontade do poder constituinte originário, pois, como ressalta José Carlos Vieira de Andrade,[123]

> *"(...) os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (pelo poder) que historicamente o impõe. O conjunto dos direitos fundamentais é significativo (e desvendável) porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há de ser uma unidade axiológica, material, que funde e legitime o seu conteúdo normativo".*

Francisco Fernandez Segado[124] também destaca a importância do tema, ao aduzir que,

> *"Parece, pois, perfeitamente oportuno afirmar que o direito fundamental do homem é base e condição de todos os demais, é o direito a ser reconhecido sempre como da pessoa humana. O Direito, o ordenamento jurídico em seu conjunto, não estará claro, nos termos de Lucas Verdú, legitimado, senão mediante o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos que lhe são inerentes".*[125]

Evidencia-se, assim, que os direitos fundamentais vêm se tornando a pedra de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito, devido às funções estruturais que eles apresentam em sintonia com os próprios princípios constitucionais, ou, como prefere Francisco Fernández Segado [126] *"(...) da força vinculante dos direitos se desprende da invalidade de todos aqueles atos dos*

---

[123] Op. cit. *Os direitos...* p. 113.

[124] *La teoria jurídica de los derechos fundamentales em la Constituición Española de 1978 y em su interpretación por el Tribunal Constitucional.* Brasília: Rev. De Informação Legislativa, ano 31, n. 121, 1994. p. 74.

[125] "Parece, pues, perfectamente oportuno afirmar que el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. El Derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto, no que dará iluminado, em términos de Lucas Verdú, legitimado, sino mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes." (Tradução do autor).

[126] La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 121, 1994. p. 80-81.

*poderes públicos que os desconsideram o que são resultados de um procedimento em curso do qual hajam sido ignorados".*[127]

Em uma visão ampla sobre a importância dos direitos fundamentais, especialmente quanto à sua eficácia plena, posição que deveria ser acolhida por doutrinadores e tribunais, vem defendendo Jorge Miranda:[128]

> *"(...) na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos* prima facie *como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar. Não excluímos – bem pelo contrário – o apelo ao Direito Natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito".*

Em linha idêntica de raciocínio Aurélio Guaita:[129] leciona que "a*s normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais."*[130]

Pode-se, sob esse aspecto, assentar em José Joaquim Gomes Canotilho[131] que *"(...) fundamentando originariamente direitos a prestações, não é legítimo dizer-se que as normas consagradoras destes direitos são* leges imperfectae, *sem qualquer conteúdo jurídico-constitucional antes da sua concretização legislativa"*, pois se impõe reforçar a necessidade da eficácia positiva de tais normas, inclusive com mecanismos de sanção em havendo a não-observância a esses direitos, de tal sorte que *"(...) ensejaria a responsabilização dos poderes públicos, quando estes se mostrassem indiferentes, omissos e negligentemente impedissem o cumprimento das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais".*[132]

Contudo, em nada adiantaria falar-se em eficácia plena dos direitos fundamentais, se não for disponibilizados remédios protetivos capazes de solucionar

---

[127] De la fuerza vinculante de los derechos se desprende la invalidez de todos aquellos actos de los poderes públicos que los desconozcan o que se an resultado de un procedimiento en el curso de cual hayan sido ignorados." (Tradução do autor).

[128] *Manual de direito constitucional.* Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 199.

[129] *Regimen de los derechos fundamentales.* Madri: Revista de Derecho Político nº 13, 1982. p. 87.

[130] Las normas relativas a los derechos fundamentales y as las libertades que la Constitución se interpretán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales". (Tradução do autor).

[131] Op. cit. *Constituição..* p. 379..

[132] Flávia C. Piovesan, op. cit. *Constituição e...*p. 72.

conflitos ou mesmo espancar violações ou abusos praticados seja pelo Executivo, pelo Legislativo ou pelo Judiciário, e, com isso, impedir que ocorra a negativa à imediata aplicabilidade desses direitos.

Reforçando essa idéia, Willis Santiago Guerra Filho[133] indica que:

*"(...) a impotência do constitucionalismo de Weimar diante da ascensão nacional-socialista é a prova cabal, que nos fornece a história, da insuficiência de uma Carta Fundamental que apenas consagre direitos fundamentais, sem fornecer os meios judiciais para sua defesa e implementação".*

Essa eficácia plena dos direitos fundamentais, que vem sendo defendida, está em linha de consonância com as transformações sociais por que passam os Estados de Direito, buscando, dessa forma, impedir as postergações legislativas, insatisfações sociais e, com isso, manter a estabilidade constitucional, dado que não existem normas constitucionais despidas de eficácia, ou mesmo normas inúteis, haja vista todas contarem com eficácia.

Gilmar Ferreira Mendes [134] aponta que

*"(...) a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado".*

Assim, as normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, não podem ser tomadas como meras promessas de incerteza, mas, ao contrário, devem ser fontes permanentes de direito que podem ser invocadas a qualquer tempo, cabendo ao legislador e à própria Administração torná-los concretos e efetivos, conforme Francisco Fernandéz Segado [135]

*"(...) caráter normativo da Constituição, unanimemente aceito em nossos dias, quer significar que não estamos na presença de um mero catálogo de princípios, mas sim de uma norma cujo conteúdo material a todos (cidadãos e poderes públicos), vincula de modo imediato, sendo seus preceitos como regra geral, sem prejuízo de algumas limitações particulares a esta regra, alegáveis diante dos tribunais e devendo considerar-se sua infração antijurídica".*[136]

---

[133] *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 100.

[134] *A doutrina constitucional e controle de constitucionalidade como garantia da cidadania* - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibililidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. São Paulo: Cadernos de direito público e finanças públicas, nº.3, ano 1, abril-junho 1993. p. 28.

[135] Op. cit. p. 121.

[136] " (...) carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado en nuestros días, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos

Aurelio Guaita também aponta que:[137]

*"(...) Os direitos constitucionais são suscetíveis de diversas classificações, mas em qualquer caso se espera dos poderes públicos, especialmente do Estado, que promovam as condições para a liberdade e igualdade dos indivíduos e dos grupos em que se integrem, sejam reais e efetivas, que removam os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude, e que facilitem a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social."*[138]

Na argumentação que se apresenta, o objetivo é explicitar que os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, buscam proteger o cidadão como pessoa humana, ou à coletividade como o agrupamento dessas pessoas, atentando-se ao chamamento feito por Joaquim José Gomes Canotilho[139] de que

*"(...) existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma forma positiva: o Estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais".*

Essa crítica feita por J.J.Canotilho mostra bem a gravidade do tema, dado que outra não é a conclusão de que nessa citação há óbices claros à discricionariedade legislativa, e aponta para a proteção explícita dos direitos fundamentais, afastando assim teses que sustentam ser esses direitos apenas programas, o que é uma grande inverdade, uma falácia, pois se valem de argumentos contra o homem.

Felizmente, os tribunais vêm admitindo a eficácia jurídica de dispositivos constitucionais definidores de direitos, por mais vagos que, a princípio, possam parecer. Assim, no agravo de instrumento n° 22.239-5/96, a Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu que o art. 196 da Constituição Federal (que prescreve ser a saúde direito de todos e dever do Estado) tem força suficiente para obrigar o Estado a fornecer medicamentos ("coquetel") a

---

(ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo sus preceptos, como regla general, sin prejuicio de algunas matizaciones particulares a esta regla, alegables ante los tribunales y debiendo considerar-se su infracción antijurídica" (Tradução do autor).

[137] *Regimen de los derechos fundamentales*. Madrid: Revista de Derecho Político n° 13, 1982. p. 13.

[138] "Los derechos constitucionales son susceptibles de diversas clasificaciones, pero en cualquier caso se espera de los poderes públicos, especialmente del Estado, que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del indivíduo y de los grupos en que se integra se an reales y efectivas, que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y que faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." (Tradução do autor).

portadores da Síndrome da Imuno-Deficiência Adquirida (SIDA/AIDS), independente de legislação integradora. Eis como ficou ementado o acórdão:

> *"Ação Cautelar – Liminar contra o Estado – Fornecimento de 'coquetel' de medicamentos para tratamento da AIDS – Admissibilidade – Estando presentes as condições especiais do processo cautelar, do* fumus boni iuris *e do* periculum in mora, *posto que o direito à vida é o maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas dos enfermos, é dever do Estado custeá-la – Inteligência do artigo 196 da Constituição da República – Liminar mantida – Recurso não provido."*

Cabe destacar, também, a atuação do Supremo Tribunal Federal, durante sua evolução histórica, na declaração da eficácia dos direitos fundamentais, como nos seguintes arestos: plena aplicabilidade dos fundamentos[140] e objetivos[141] da República; repeliu a possibilidade de tortura como método de obtenção de provas;[142] consagrou a liberdade de locomoção;[143] a livre manifestação de pensamento;[144] o direito à indenização por danos morais;[145] o direito de resposta;[146] à liberdade religiosa[147] e ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer.[148]

O Pretório Excelso declarou, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas;[149] estendendo essa proteção constitucional ao sigilo bancário e fiscal[150]. Os direitos de reunião e associação foram devidamente protegidos pela Corte Suprema.[151]

---

[139] Op. cit. *Constituição dirigente*...p. 365.
[140] STF - Pleno - HC nº 71.373/RS - Rel. Min. Francisco Rezek, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 nov./1996, p. 45.686; STF - HC nº 76.060-4/SC - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 out./1997, p. 50.666.
[141] STF - Pleno - Adin nº 1.946/DF - medida cautelar - Rel. Min. Sydney Sanches, decisão: 29-4-99 - *Informativo STF* nº 147). Cf, ainda, *Informativo STF* nº 144.
[142] STF – Pleno – HC nº 69.912-0/RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Informativo STF* nº 36.
[143] STF – Pleno – HC nº 71.261/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 jan./1994, p. 16.651.
[144] STF – Pleno – Inq. nº 390/RO – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out./1989, p. 16.390.
[145] *RTJ* 141/611.
[146] STF – 2ª T – Rextr. nº 64.333/PR – Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 dez./1968.
[147] *RTJ* 100/329.
[148] STF – 1ª T – Agravo regimental em agravo de instrumento nº 134.449/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 21 set. /1990, p. 9.784.
[149] STF – 2ª T – Rextr. nº 91.328/SP – Rel. Min. Djaci Falcão, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 dez./1981, p. 12.605.
[150] STF – Pleno – MS nº 21.729-4/DF – Rel. p/Acórdão Min. Francisco Rezek – *Informativo STF* nºs 8 e 27).
[151] *RTJ* 47/437.

O pleno acesso ao Poder Judiciário, para defesa dos direitos fundamentais, [152] com o necessário respeito pelo princípio do Juiz Natural, foi observado pelo Pretório Excelso.[153]

O Supremo Tribunal Federal, portanto, demonstra, constituir-se em um tribunal com a preocupação e a missão de consagrar o respeito e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em defesa da Sociedade e do Estado de Direito.

Porém, não se deve perder de vista que os direitos fundamentais, dadas suas características peculiares, são muito mais do que meras normas constitucionais; são, na verdade princípios e, como indica Celso Antonio Bandeira de Mello,[154] é o princípio

> *"(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".*

Todavia, os direitos fundamentais, salienta Jorge Miranda[155], não dependem apenas do Estado,

> *"(...) dependem também de comunidades, grupos, associações, da capacidade de organização dos próprios interessados e do empenho participativo que ponham na acção. Pedir mais direitos não é o mesmo que reclamar mais interferência do Estado ou mais burocracia".*

Essa opinião vem a corroborar, mais ainda, com a tônica desse estudo, de mostrar ser a participação popular um caminho viável à materialização dos direitos fundamentais individuais de forma coletiva.

Destarte, como exposto, a eficácia dos direitos fundamentais, pela doutrina e jurisprudência, é viável. Ocorre, neste ponto, estudar se são absolutos ou relativos.

---

[152] *RTJ* 99/790.

[153] STF - 1ª T - HC nº 69.601/SP - Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez./1992, p. 24.377.

[154] Discricionariedade administrativa e controle judicial. São Paulo: *Revista de Direito Público*, n. 32, ano VII, 1974. p. 18.

[155] *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 18.

## 2.12 A relatividade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, dado a carga axiológica neles inserido, vivem em uma tensão permanente entre si, limitando-se reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

Como exemplo, à primeira vista, aparentam inconciliáveis o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. E a norma que determina que a propriedade deve cumprir a sua função social com a que diz que as terras públicas não são passíveis de usucapião, como conciliá-los? O que dizer, outrossim, do princípio à livre iniciativa e as possibilidades de monopólio estatal constitucionalmente previstas? Há, sem dúvida, constante tensão entre as normas constitucionais.

Essa *tensão* existente entre as normas é conseqüência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora os interesses das diversas classes representadas na Assembléia Constituinte, em uma sociedade pluralista.

Esses interesses, como não poderiam deixar de ser, em diversos momentos não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções – típica em um "Estado Democrático de Direito", que é a fórmula política adotada por nós – um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

Em conseqüência disso, podemos notar, sem muita dificuldade, que não há de se cogitar, num sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos.

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

> *"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.*
>
> *O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum*

*direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros" (MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).*

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

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

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

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

## 2.13 Limitações constitucionais aos direitos fundamentais

Pode-se dizer, a par de tudo que foi exposto, que os Direitos Fundamentais possuem limitações constitucionais? A resposta nos parece afirmativa, mas, em situações extremas e graves é possível a restrição ou mesmo a suspensão temporária de direitos fundamentais. Veja-se.

Primeiramente, os limites/restrições não são privilégios de nossa constituição,

*"(...) a Constituição Espanhola, em seu art. 55, estabelece a possibilidade de restrição do exercício de alguns direitos fundamentais em relação a determinadas pessoas relacionadas em investigações correspondentes a atividades de organização terroristas ou bandos armados, porém, a própria*

*norma constitucional espanhola exige a existência de uma lei orgânica prevendo a forma e os casos para a ocorrência dessas restrições, sempre com a necessária intervenção judicial e controle parlamentar. Além disso, estabelece responsabilidade penal no exercício abusivo da possibilidade de restrição do exercício dos direitos fundamentais".* [156]

Pode-se também citar o Pacto de San José da Costa Rica, o qual, em seu art. 27, item 1, prevê a possibilidade de suspensão dos direitos em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, exceto os direitos descritos no item 2 do mesmo artigo. E para todo Estado que fizer uso da suspensão deverá *"(...) comunicar imediatamente aos outros Estados-partes, por intermédio do Secretário Geral da OEA, as disposições cuja aplicação haja suspendido, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão"* [157]

Percebe-se, claramente, que a permissão de limitação consiste no *sistema constitucional das crises*, que é um conjunto de normas que se baseiam nos princípios da necessidade e da temporariedade, e que tem por objeto as situações de crises e com o fim de manutenção e restabelecimento da normalidade constitucional. [158]

Cabe ressaltar que a Carta Magna vigente prevê essa possibilidade, mas não deixa sem controle judicial[159] ou de limites[160], prevendo a responsabilização daqueles que se utilizarem das medidas constritivas de forma arbitrária ou mesmo sem justificativa legal. [161]

São previstas, em nossa Constituição, duas medidas excepcionais, conforme podemos analisar no Capítulo I, do Título V (art.s. 136 a 141), que criaram o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

O Estado de Defesa está previsto no art. 136, da CF, e corresponde *às medidas de emergência* positivadas no diploma constitucional de 1967, sendo mais brando que o Estado de Sítio.

No primeiro caso, Estado de Defesa, conforme o art. 136 e seus incisos, poderão ser restringidos os direitos constitucionais do art. 5º, incisos XI, XII, XVI, XXV, LXI e o art. 220.

---

[156] Alexandre de Moraes, op. cit. *Direitos...* p. 48.
[157] Idem, ibidem. p. 52.
[158] Paolo Barile, *Diritti dell'uomo e liberta fondamentali.* Bolonha: Il Molino, 1984. p. 450.
[159] V. art. 5º, XXXV, C.F.
[160] V. art. 15, C.F.

Já, no caso de Estado de Sítio, do art. 137, II, em tese, poderão ser suspensos "todos" os direitos, o que está em perfeita sintonia com o art. 5º, XLVII, "a", CF, (que proíbe a pena de morte salvo em estado de guerra), desde que tenham sido objeto de deliberação no Congresso Nacional e sejam necessários para efetivação da medida e venham declarados expressamente no decreto presidencial, na forma do art. 138, *caput*, c.c 139, *caput*.

Para a declaração do art. 137, I, os direitos restringidos estão definidos no art. 139, e seus incisos.

Essas limitações são instrumentos de controle social e as supressões podem ser até de longo alcance, mas não ilimitada, como nos alerta Alexandre de Moraes, [162] *"(...) jamais haverá, em concreto, a possibilidade de supressão de todos os direitos e garantias individuais, sob pena do total arbítrio e anarquia, pois não há como suprimir-se, por exemplo, o direito à vida, à dignidade humana, à honra, ao acesso ao Judiciário" (sic).*

Da observação acima, cabe destacar que o direito à vida poderá ser restringido em caso de estado de defesa por motivo de guerra declarada, mas, aceita-se que a suspensão não é absoluta, pois, o "acesso à justiça", direito fundamental de ação, não está suspenso, aliás, é previsto que qualquer abuso será submetido de imediato ao poder judiciário, destarte, esse direito, mesmo em situações extrema, em nossa constituição, não poderá ser restringido, suspenso ou mesmo suprimido, sob pena de instalação de um regime autoritário.

Desta feita, pode-se concluir que, para ambos os instrumentos limitatórios dos direitos fundamentais, aqui estudados superficialmente, verifica-se que haverá a possibilidade do controle judicial dos mesmos, por meio do controle da legalidade estrita aos limites constitucionais mas

> *"(...) à análise do mérito discricionário do Poder Executivo (no caso do Estado de Defesa) e desse juntamente com o Poder Legislativo (no caso do Estado de Sítio), a doutrina dominante entende impossível, por parte do Poder Judiciário, a análise da conveniência e oportunidade política para a decretação".*[163]

Nesse ponto, podemos anotar a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:[164]

---

[161] Op. cit. *Direitos humanos*... p. 50.
[162] *Direitos humanos fundamentais*. 5ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50.
[163] Idem, ibidem. p.50.
[164] Op. cit. *Direitos humanos*... p. 130.

*"(...) o Estado de sítio não gera nem permite o arbítrio. De fato, mesmo suspensas garantias constitucionais, o Executivo ainda está sujeito a normas e limites que configuram como que uma legalidade extraordinária, adequada aos momentos de grave crise. Inclusive, se houver abuso, aí cabe intervenção do judiciário".*

Enfim, essas breves considerações aos direitos fundamentais, nesse estudo, servem como suporte à afirmação do acesso à justiça ser um direito fundamental, sua importância e complexidade do tema.

No capítulo seguinte, se tentará apontar, sem a pretensão de esgotar o tema, as várias acepções do acesso à justiça.

# 3
# O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

## 3.1 Apontamentos iniciais

O problema em exame pode ser enfrentado segundo diferentes abordagens, as quais denotam maior ou menor grau de pragmatismo, dependendo da leitura que se faz da expressão *acesso à justiça*.

Neste estudo, pode ser compreendida como significando acesso ao judiciário e, em geral, à respectiva sentença, ou acesso a todo e qualquer órgão, poder (incluindo o judiciário), informação e serviço públicos e aos direitos fundamentais.

Uma das acepções da expressão é denominada por Kazuo Watanabe [165] de "acepção restrita", para quem essa seria a mera "garantia formal de postulação jurisdicional, de acesso ao Poder Judiciário".

Não obstante se reconheça a necessidade de defender a efetivação dessa garantia, cláusula pétrea no ordenamento constitucional brasileiro, não menos importante perceber a insuficiência de sua abordagem à concretização da justiça almejada nesse estudo. Frise-se o uso do termo insuficiência, e não inadequação.

Ocorre que, embora pertinente, pode a via judicial não ser a mais adequada, principalmente se outras formas de resolução do conflito não foram intentadas.

---

[165] *Assistência judiciária como instrumento de acesso à justiça*. Revista da PGE/SP. v. 22. São Paulo, 1984. p. 87.

Reconhecendo a limitação dessa acepção "restrita" tratando-se de casos concretos, mais ainda de admiti-la em se tratando de situação hipotética, genérica, passível de realizar-se no futuro, tal qual disciplina o direito positivo por meio das leis que o exteriorizam.

Kazuo Watanabe oferece outra acepção, que denominou de "ampla" e para qual "haveria a preocupação com a questão da educação, com a orientação jurídica, para as pessoas melhor reconhecerem os seus direitos e agirem de forma a melhor potencializá-los" [166] ao definir o termo acesso à justiça.

Conforme possível observar, a leitura do problema a partir da acepção "ampla" é multifacetada, ou seja, implica na somatória da acepção formal com todas as outras formas compositivas de litígios já aprovadas pela humanidade em sua evolução social e jurídica, desde que não impliquem na exclusão da possibilidade de apreciação do problema pelo poder judiciário.

Afinal, não apenas o poder judiciário viabiliza justiça. Muitos outros órgãos e instituições, estatais ou órgão não governamental - ONG, desenvolvem ações no mesmo sentido, sem necessariamente culminarem em litígios judiciais. As ações paralelas desses órgãos e entidades, de maior ou menor previsão legal, deslocam da apreciação do judiciário um sem número de possíveis demandas, permitindo a seus órgãos, já sobrecarregados, ocuparem-se de outros casos, reduzindo, assim, o volume de processos em curso junto aos pretórios na nação.

Parece adequado, pela concisão e amplitude de conteúdo, o conceito de acesso à justiça apresentado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth [167]: "sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado". O conceito apresentado é, contudo, ainda passível de comentário no que toca ao controle estatal da administração da Justiça. Entenda-se que ao Estado cabe, por questão de sobrevivência, dirimir os conflitos sociais pelos meios que ele próprio tenha determinado. Residem, pois, na determinação do meios de consecução da justiça os tais *auspícios do Estado*.

Horácio Wanderley Rodrigues [168], escrevendo sobre o acesso à justiça no direito processual brasileiro sem dissentir do que já foi dito, sintetiza a questão nos

---

[166] Op. cit. *Assistência*..... p. 87.
[167] *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 08.
[168] *Acesso à justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p.23.

seguintes termos: *"(...) ambos os conceitos (leia-se acepções) são válidos e não excludentes; são, em realidade, complementares".*

A título de maior conhecimento do tema, acesso à justiça, nesse estudo se fará maior detalhamento das palavras dessa expressão.

## 3.2 O que é justiça?

A expressão "acesso à justiça", que será mais estudada adiante, obriga, primeiramente, um breve pensar sobre o significado da palavra "justiça", afinal, luta-se para ter acesso a que tipo de justiça?

Conceituar e definir o vocábulo "justiça" também é uma tarefa difícil como outras expressões que foram enfrentadas neste estudo, mas, algumas considerações podem ser oferecidas, veja-se.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira oferece vários significados sobre justiça, como:

> *"s. f. 1. Virtude que consiste em dar ou deixar a cada um o que por direito lhe pertence. 2. Conformidade com o direito. 3. Direito, razão fundada nas leis. 4. Jurisdição, alçada. 5. Tribunais, magistrados e todas as pessoas encarregadas de aplicar as leis. 6. Autoridade judicial. 7. Rel. Estado de graça; retidão da alma que a graça vivifica; inocência primitiva, antes do pecado do primeiro homem".*[169]

Outros dicionaristas, da área jurídica, oferecem suas definições sobre a palavra "justiça" como: "determinação do espírito, fundada na razão e na consciência, para que se dê a cada um, com absoluta imparcialidade, quanto de direito lhe cabe ou lhe é devido";[170] ou "faculdade de julgar conforme o direito"[171]

Percebe-se, de antemão que termo justiça, "*pode ser utilizado em várias situações, em plúrimos sentidos, em diversas manifestações*"[172], e tem sido motivo de estudos desde tempos remotos.

As palavras de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior sobre justiça também espelham essa multiplicidade conceitual,

---

[169] *O minidicionário da língua portuguesa*. 4ª. ed. revista e atual. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2002. p. 410.
[170] Donaldo J. Felippe. *Dicionário jurídico*. 9ª. ed. Campinas: Conan Editora, 1994.
[171] Felisbelo da Silva. *Pequeno dicionário jurídico e comercial*. São Paulo: Brasil livros Editora, 1994.
[172] Silvio de Salvo Venosa. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 241.

> *"A justiça, bem se sabe, é um ideal. As expressões latinas jus, justitia e justum seriam derivados do radical ju (yu), de uma língua antiga, o sânscrito, significando unir. Daí as primeiras civilizações a considerarem um sinal de união dos homens com a ordem eterna. Para Platão, a virtude suprema; para Aristóteles, a mais elevada forma de excelência moral"*[173]

Rui Barbosa apresenta uma definição de justiça, com base na regra da igualdade, que naquela época, era o critério usado para a distribuição da justiça, assim, *"a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".*[174]

Paulo Nader não se furta do debate, e revive a definição histórica do termo:

> *"Com base nas acepções de Platão e de Aristóteles, o jurisconsulto Ulpiano assim formulou:* Justitia est constans et perpetua coluntas jus suum cuique tribuendi *(Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu).*[175] *Inserida no* Corpus Júris Civilis, *a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a idéia nuclear desse valor: Dar a cada um o que é seu".*[176]

Para Miguel Reale a dialética da justiça, no tocante aos valores ligados ao conceito, é intencional e constante, não sendo uma realidade acabada, pois "*cada época histórica tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo*".[177]

Maria Helena Diniz entende a dificuldade de conceituação, mas não se furta, e apresenta duas significações fundamentais: *Objetiva e Subjetiva*, sendo que aquela está ligada a uma ordem social, uma exigência da vida social, a legislação ou o órgão aplicador, já esta, designa uma qualidade do indivíduo, uma virtude, portanto um foco pessoal.[178]

---

[173] *A garantia de acesso à justiça*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/acesso/textos/AGarantiaAcessoJustica.html.> acesso em 13 julho de 2004.
[174] *Oração aos moços*. Coleção clássicos brasileiros. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1968. p.74.
[175] Instituições de Justiniano, Livro I, Tít. I, Tribunais do Brasil Editora Ltda., Curitiba, 1979.
[176] *Introdução ao estudo do direito*. 23ª. ed., revista e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 101.
[177] *Lições preliminares de direito*. 27ª. ed., revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 375.
[178] *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 404.

Essa divisão não deve ser interpretada como opostas entre si. A posição de André Franco Montoro sobre essa distinção é clara.

> *"Não há oposição entre a acepção subjetiva e a objetiva, por serem aspectos da mesma realidade. justiça, no sentido subjetivo, consiste na virtude de dar ao indivíduo seu direito, e, no objetivo, designa a ordem social que garante a cada um o que lhe é devido. Logo, o que se disse da justiça como virtude aplicar-se-á, analogicamente, à ordem social".*[179]

A oferta de opiniões doutrinárias sobre justiça é farta. Destarte, em respeito à objetividade, adota-se a definição de Maria Helena Diniz, pois aparenta estar mais adequado com a carga semântica da expressão "acesso à justiça", veja-se:

> *(...) em sentido próprio,* justiça, *é a virtude da convivência humana, ou seja, de dar a cada um o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples ou proporcional, exigindo, portanto, uma atitude de respeito para com os outros, dando-lhes aquilo a que tenham o direito de ter ou de fazer. Daí as três notas essenciais da justiça em sentido estrito: a alteridade (ou pluraridade de pessoas), o devido (ou exigibilidade) e a igualdade (ou relação de conformidade quanto à quantidade) simples ou proporcional".*[180]

Com uma definição, sem embargo de outras, extrai-se que o senso de justiça também apresenta algumas modalidades: a justiça "Distributiva", "Geral", "Social" e a "Comutativa". Uma breve consideração sobre cada uma se faz necessário.

Sobre a "distributiva" entende-se como aquela em que o Estado, como agente compete a repartição dos bens e dos encargos, como exemplo a decisão judicial. A "geral" também denominada de "legal" é entendida como aquela em que os membros da sociedade dão à sociedade sua contribuição, para o bem comum, geralmente através de leis, como os impostos, serviço militar obrigatório etc. A "social" quando as partes da sociedade (Governo e governados, indivíduos ou grupos sociais), dão à comunidade o bem que lhe é devido, para o bem comum com a finalidade da proteção aos mais pobres ou desamparados, pela atuação de associações, sindicatos, cooperativas, serviços voluntários etc. E por fim, a "comutativa" como forma de justiça que norteia às relações de troca entre os particulares, sem a interferência ou ingerência do Estado, e se manifesta quando os particulares em suas relações, agem com respeito ao outro, cumprindo o pactuado nos contratos, não ofendendo à dignidade alheia etc. [181]

---

[179] *Introdução à ciência do direito.* 25ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 172.
[180] Op. cit. p. 405.
[181] Maria Helena Diniz, op.cit. p. 405-407; Paulo Nader. op. cit. p.107-109.

Das modalidades de justiça, a que mais se aproxima do que se propõe neste estudo (a sociedade civil na tutela dos direitos coletivos fundamentais e a celeridade na prestação jurisdicional), é a justiça "distributiva", afinal, visa-se uma ação do Estado, uma decisão judicial em interesses coletivos. Mas, também, por reflexo, estará sendo cumprida as demais modalidades de justiça. Quando a sociedade civil organizada, ao prestar-se a defender de forma coletiva a direitos também coletivos estará fazendo sua parte na justiça "social" e "comutativa" e por vezes essa atuação positiva de defesa se dá por meio da justiça "geral".

Aristóteles, citado no início desse item, aprofundou-se no estudo sobre o que seria "justiça" e, não poderia deixar este estudo de apresentar, poucas, mas necessárias observações sobre o pensamento e opinião desse filósofo, veja-se.

### 3.2.1 Breves considerações do pensamento de Aristóteles acerca da justiça

No Livro V, de sua obra Ética a Nicômaco, Aristóteles trata sobre a justiça e, também, da injustiça. Introduz o estudo da justiça esboçando o entendimento dos homens sobre o caráter do justo.[182] Mais à frente relata impossibilidade de os homens serem justos sem observarem a lei, pois, o homem que se comporta conforme o que está prescrito na lei será, evidentemente, um homem justo, e o contrário será o homem injusto.[183]

Para Aristóteles, esse argumento sobre justiça se torna completa e, nesse sentido, é considerada a maior de todas as virtudes.[184] Aristóteles revela, por meio de um ditado, que a justiça se torna a maior de todas as virtudes, exatamente por se direcionar ao outro.[185]

---

[182] "(...) todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo" 1129a.

[183] "O homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizendo nós, é justo. Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles, que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem" 1129b.

[184] "É, portanto, uma justiça completa, porém não em absoluto, mas em relação ao nosso próximo" e "por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e nem Vésper, nem a estrela-d'alva ` são tão admiráveis" 1129b.

[185] "Somente a justiça, entre todas a virtudes, é o ' bem de um outro ', visto que se relaciona com o nosso próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado. Ora, o pior dos homens é aquele que exerce a sua maldade tanto para consigo mesmo como para com os seus amigos, e o melhor não é o que exerce a sua virtude para consigo mesmo, mas para com um outro; pois que difícil tarefa é essa." 1130a.

E nesse sentido o filósofo grego entendia a justiça não uma parte da virtude, mas a virtude inteira.[186] Tratando da justiça, Aristóteles encontra duas espécies de justiça: a corretiva e a distributiva.[187] Aristóteles, tratando da espécie de justiça distributiva, observa os atos justos e injustos e encontra o equilíbrio, o meio-termo.[188]

E, tratando Aristóteles da igualdade caminha por formular seu pensamento sobre a igualdade no equilíbrio do meio-termo.[189] Depois, Aristóteles trata de uma segunda espécie de justiça, à qual vislumbra uma justiça corretiva.[190]

Para Aristóteles, a justiça é uma espécie de meio-termo; porém, o filósofo a coloca em outro sentido em relação às outras virtudes, por estar, exatamente, relacionada com uma quantidade intermediária. Nesse sentido, afirma o filósofo que justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos do que convém a si mesmo e menos ao seu próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas.[191]

---

"Portanto, a justiça neste sentido não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem é seu contrário, a injustiça, uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos põe a descoberto a diferença entre a virtude e a justiça neste sentido: são elas a mesma coisa, mas não o é a sua essência. Aquilo que, em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em sim mesmo, é virtude" 1130a.

[186] "Portanto, a justiça neste sentido não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem é seu contrário, a injustiça, uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos põe a descoberto a diferença entre a virtude e a justiça neste sentido: são elas a mesma coisa, mas não o é a sua essência. Aquilo que, em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em sim mesmo, é virtude": 1130a.

[187] "(A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que não são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias" 1130a.

[188] "Se, pois, o injusto é iníquo, o justo é eqüitativo, como, aliás pensam todos mesmo sem discussão. E, portanto, como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo": 1131a.

[189] "Ora, igualdade implica pelo menos duas coisas. O justo, por conseguinte, deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas). O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional (sendo a proporção uma propriedade não só da espécie de número que consiste em unidades, abstratas, mas do número em geral)" 1131a.

[190] "A outra é a corretiva que surge em relação com transações tanto voluntárias como involuntárias. Esta forma do justo tem um caráter específico diferente da primeira. Com efeito, a justiça que distribui posses comuns está sempre de acordo com a proporção mencionada acima *(e mesmo* quando se trata de distribuir os fundos comuns de uma sociedade, ela se fará segundo a mesma razão que guardam entre si os fundos empregados no negócio entre si os fundos empregados no negócio pelos diferentes sócios); e a injustiça contrária a esta espécie de justiça é a que viola a proporção. Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça uma espécie de desigualdade; não de acordo com essa espécie de proporção, todavia, mas de acordo com uma proporção aritmética": 1131b.

[191] "A justiça de um amo e a de um pai não são a mesma que a justiça dos cidadãos, embora se assemelhem a ela, pois não pode haver justiça no sentido incondicional em relação a coisas que nos pertencem, mas o servo de um homem e o seu filho, até atingir certa idade e tornar-se independente, são, por assim dizer, uma parte dele(...). Portanto, não é nessas relações dessa espécie que se manifesta a justiça ou injustiça dos cidadãos; pois, como

Distingue, ainda, a justiça política da justiça doméstica bem como a justiça dos cidadãos. Por fim, no Livro V, Aristóteles trata da eqüidade e o eqüitativo e suas implicações na justiça e no justo.[192]

Vislumbra-se em Aristóteles, indubitavelmente, um dos maiores filósofos que a humanidade pode "produzir", não obstante ter parecido confuso em algumas exposições de sua doutrina,[193] referente ao tema aqui exposto, a Justiça, e afirma-se esse ponto de vista pelo legado de suas doutrinas sobre a justiça, tanto mais quando se verifica a justiça como nos é dada hoje, exatamente moldada nos ensinamentos expostos por Aristóteles e adaptadas (não tão modificadas, argumente-se) aos moldes da justiça hoje vivenciadas pelo mundo ocidental.

Entretanto, mister dizer que, ainda que se afirme o dito acima, verdade é que Aristóteles (como Platão, este se importando tão-somente com a idéia de justiça) apenas traçou as diretrizes fundamentais – *SUUM CUIQUE TRIBUERE,*[194] sem, contudo, conseguir separar a justiça da Ética (Moral), do que hoje se tem pelo termo justiça, consagrado pelos romanos e absorvido por nós, qual seja, J U S T I Ç A como a *CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUENDI,*[195] ou, ainda, saindo da concepção do *IUS* (Justiça, dos gregos) para a concepção da *RECTA RATIO* (Direito – *rectum* –, definida por Cícero como a reta razão que dirige toda razão (conduta) humana.

---

vimos, ela se relaciona com a lei e se verifica entre pessoas naturalmente sujeitas à lei. Uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida(...). Ora, alguns pensam que toda justiça é dessa espécie, porque as coisas que são por natureza, são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia), ao passo que eles observam alterações nas coisas reconhecidas como justas.", 1134b.

[192] " Essas coisas não parecem ser absolutamente idênticas entre si(...); se, o justo e o eqüitativo são diferentes, um deles não é bom; e, se são ambos bons, têm de ser a mesma coisa(...). Em certo sentido, todas elas são corretas e não se opõem umas às outras; porque o eqüitativo, embora superior a uma espécie de justiça, é justo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo. A mesma coisa, pois, é justa e eqüitativa e, embora ambos sejam bons, o eqüitativo é superior. O que faz surgir o problema é que o eqüitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza" 1137b.

[193] Cf., por exemplo, doutrinar duas espécies de justiça (distributiva e corretiva) e, logo adiante, mencionar uma série de outras espécies (justiça natural; justiça legal; justiça doméstica; justiça política), entre outras, aparentemente, confusões.(N. do Autor).

[194] Aqui o termo empregado e tão só vislumbrado pelos gregos Aristóteles (e Platão) de que a justiça é " DAR A CADA UM O SEU " sem conseguirem ver o Direito inserido separado da ÉTICA ( ÊTHOS ).(N. do Autor).

[195] A justiça aqui, atribuída pelos estoicos, mais precisamente com Ulpiano (Império Romano), sendo "A VONTADE CONSTANTE E PERPÉTUA DE DAR A CADA UM O SEU [ D I R E I T O ], retirada, portanto, da ÉTICA e concebida como instituto próprio. (N. do A.)

Assim, ainda que evoluindo toda a doutrina da justiça de Aristóteles durante todos esses séculos, é a ele quem a humanidade deve prestar sempre a reverência como um dos maiores filósofos da civilização ocidental, na contribuição para se buscar, nos dias de hoje, uma justiça eqüitativa e igualitária a todos homens.

Sabendo-se que neste estudo não há esgotamento do tema "justiça" mas, com as reflexões expostas, passa-se para o item seguinte.

## 3.3 O que é acesso à justiça?

Para guardar fidelidade ao tema proposto, necessário se faz uma breve abordagem sobre a expressão que se apresenta freqüentemente como um destacado escudo da cidadania: o acesso à justiça.

O assunto tem sido ocupação e preocupação dos mais destacados juristas e filósofos da atualidade, embora a questão não seja tão moderna como geralmente é apresentada. Mas, para dar vazão ao assunto "acesso à justiça", é preciso que pelo menos seja tentado um esboço do que esta expressão representa, formal e materialmente.

A começar, dentre os vários significados que o Antonio Houaiss e sua equipe de dicionaristas atribuíram ao verbo transitivo direto "acessar" e ao substantivo masculino "acesso", um deles parece adequar-se com precisão ao tema deste estudo: *chegar efetivamente a...".*[196]

Será que obtém acesso à justiça quem consegue ajuizar uma ação? Ou será que somente pode ser dito que logrou esse *status* alguém que efetivamente foi ao Judiciário em posição de igualdade com os seus contendores, obtendo um provimento equilibrado e a tempo de definir e dar efetividade aos seus direitos? As respostas não são fáceis.

Diz Horácio Wanderley Rodrigues que a expressão é vaga, ensejando que a doutrina a ela ofereça dois sentidos, válidos e não excludentes, atuando em complementaridade:

> *"(...) o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da*

[196] *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 23.

*expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano".* [197]

Assim, tem-se que o primeiro dos aspectos aqui reportados é mais frio e formal (justiça = judiciário), enquanto o segundo está fundado numa visão mais axiológica do problema, entendendo e fazendo entender o acesso à justiça como o alcance de uma determinada ordem de valores e direitos essenciais ao ser humano.

A propósito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth [198] nos ensinam que o acesso à justiça pode 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 o direito de todos.

Nessa linha de pensar, o acesso à justiça não é somente um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, mas também o ponto central da moderna processualística, já que o seu estudo pressupõe um alargamento e um aprofundamento dos métodos e dos objetos do Direito atual.

No mesmo sentido, diz José Augusto Delgado[199] que

*"(...) sendo o acesso à justiça um direito fundamental do cidadão, há de se tomar providências urgentes para torná-lo eficaz. Para tanto conseguir, há de se impor séria modificação na estrutura das vias de chegada do homem em busca de uma solução para o seu litígio, especialmente, no tocante aos métodos e técnicas adotados para o curso dos procedimentos".*

No dizer de Miguel Reale

*"(...) os processos de objetivação normativa poderão variar de um ordenamento jurídico para outro, mas talvez seja possível dizer-se que a linha ideal do desenvolvimento histórico do direito se projeta no sentido de uma objetividade jurídica ideal, daquela que mais possa realizar socialmente os valores da subjetividade, em extensão e profundidade"*[200]

Portanto, hodiernamente, há certa unanimidade no fato de o *acesso à Justiça* não se limitar a um direito à ordem jurídica tal como posta, ou seja, não é o acesso ao Judiciário "mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo",[201]

Kazuo Watanabe[202] reflete bem essa mentalidade quando diz que *"(...) a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do*

---

[197] *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 29.
[198] *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 12-13.
[199] *Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual – doutrina e jurisprudência do STF*. São Paulo: Revista Jurídica nº. 260, 1999. p. 35.
[200] *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.24.

*acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".*

Que ordem jurídica "justa" seria essa? A dos "donos do poder?", a dos legisladores? A dos governantes, que sempre ditam, à sua maneira, as regras do jogo? Ou, por outro lado, seria a ordem jurídica justa almejada pelos oprimidos? Pela classe menos favorecida? Pelos hipossuficientes?

Kazuo Watanabe, nos adverte, com pesar, que a perspectiva que prevalece hoje é a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é a da eficiência técnica, e não da eqüidade e do bem-estar da coletividade. [203]

Não se pode olvidar, também, que o acesso à Justiça pressupõe um povo "juridicamente educado". Explica-se: somente quem conhece seus direitos será um *potencial consumidor* dos serviços do Judiciário.

Assim, entende-se ser fundamental, como primeiro passo para "incrementar" o acesso à Justiça, divulgar o direito, torná-lo *popular*, *acessível*, *democratizar a linguagem jurídica*. Somente um povo *conscientizado* de seus direitos será capaz de acionar a máquina de fazer justiça.

A pessoa que não tem acesso à educação, ao trabalho, à saúde, parece ter poucas chances, no Brasil, de vir a ser ouvida pelos juízes. Se a ordem jurídica não contempla pragmaticamente, esses direitos básicos da pessoa, o seu distanciamento da justiça efetiva será sempre insuperável.[204]

O acesso à ordem jurídica justa exige, percebe-se, adequação do ordenamento jurídico à realidade das comunidades. Mas tem características pré-normativas, de direito natural, componente do "sentimento de justiça" das pessoas.

Parece que a tutela coletiva e a participação da sociedade civil organizada seriam, em princípio, a resposta para acesso a uma ordem jurídica justa. Mas mesmo assim, não será possível uma justiça total ou absoluta.

---

[201] Ada Pelegrini Grinover *et al Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.p. 33.

[202] Acesso à justiça e sociedade moderna. In___ *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 128-129.

[203] Ao comentar as relações entre consumidor e Estado, mas servem para nortear a interpretação geral. Op. cit. *Acesso à justiça*...p. 128.

[204] Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.45.

Nesse sentido de impossibilidade na completude de justiça Júlio César Tadeu Barbosa sugere que

> *"(...) o ideal de uma justiça absoluta está além de qualquer experiência histórica, e desta maneira pode-se deduzir que é impossível determinar cientificamente o que seja justiça. Em outras palavras, não é possível conceituar-se o ideal de uma justiça absoluta baseando-se na experiência e em argumentos tão-somente racionais. Neste sentido, por paradoxal que possa parecer, o ideal de justiça absoluta é irracional, pois a ciência dita pura não pode verificar os princípios fundamentais relativos ao que seja justo ou injusto".* [205]

Por fim, mas não menos importante anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão "acesso à justiça"

> *"(...) serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo".* [206]

Destarte, para esse estudo, a expressão "acesso à justiça" será tomada como acesso ao judiciário e uma célere decisão judicial com base no equilíbrio preconizado pela *"ordem jurídica justa".*

## 3.4 Acesso à justiça e ao judiciário como direito fundamental

O acesso à justiça sempre foi um tema palpitante; afinal, a aspiração pela Justiça é um desejo universal, o direito natural por excelência para os que aceitam a sua existência. Na própria Bíblia é possível encontrar uma passagem enaltecendo a importância do acesso à Justiça:

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

---

[205] *O que é justiça.* 4ª ed. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1984. p. 8.
[206] Op. cit. p. 08.

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

Mauro Cappelletti e Bryant Garth[207] ensinam que:

> *"(...) a teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática".*

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

Como explica Luiz Guilherme Marinoni:[208]

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

Realmente, o Estado do *Welfare* não se contenta em fornecer o mesmo acesso à justiça do Estado liberal, ou seja, não basta o acesso simbólico, meramente formal, e sim o efetivo, com vistas à busca da igualdade material ou a *igualização* dos indivíduos. Mauro Cappelletti e Bryant Garth [209] sustentam que *"(...) uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo"*.

---

[207] Op. cit. p. 9.
[208] *Tutela inibitória (individual e coletiva).* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27.
[209] Op. cit. p. 8.

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

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 preconizou o direito ao acesso à justiça e ao judiciário em seus artigos:

> *VIII – Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.*
> *X – Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a uma audiência justa e pública perante um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.*

Fazendo-se uma breve análise dos aludidos artigos, iniciando-se pelo art. 8°. nota-se que este consagra o direito de acesso à justiça (no plano do direito interno), elemento essencial em toda sociedade democrática.

A consagração original do direito a um recurso efetivo em face dos juízes ou tribunais nacionais competentes se dá na Declaração dos Direitos da Virginia -(artigo XVIII); sendo transplantada para a Declaração Universal (art. 8º), e, desta última, para as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos (art.s. 13 e 25, respectivamente), assim como para o Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, como destacado acima.

Cumpre ter sempre presente que, ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986, respectivamente) proíbem que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado (artigo 27), depois de ratificado.

Desse modo, não é dado àqueles Estados invocar supostas dificuldades ou lacunas de direito interno, porquanto estão obrigados a harmonizar este último com a normativa dos tratados de direitos humanos em que são Partes (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 2º; Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, artigo 2º, §2º; dentre outros). Assim sendo, se invocam a não-

incorporação, ou supostas dificuldades ou lacunas de direito interno, para deixar de prover recursos internos simples, rápidos e eficazes para dar aplicação efetiva às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, incorrem em uma violação adicional dos tratados de direitos humanos em que são partes.

A relevância do dever do Estado de prover recursos internos adequados e eficazes não deve jamais ser minimizada. O direito a um recurso efetivo em face dos juízes ou tribunais nacionais competentes no âmbito da proteção judicial – ao qual a Declaração Universal de 1948 deu projeção mundial – é muito mais relevante do que até recentemente se supôs.

O dever dos Estados-partes de prover aqueles recursos no âmbito de seu direito interno e de assegurar a todas as pessoas sob suas jurisdições a garantia do livre e pleno exercício de todos os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos assume uma importância particular ainda maior em nosso país, marcado por casuísmos que não raro privaram os indivíduos da proteção do direito.

Quanto ao artigo X, destaca-se que, primeiramente, impõe o direito a uma audiência justa. Mas o que significaria isso, como se dará?

Os princípios, escritos ou não, são os alicerces sobre os quais se edifica a ordem jurídica. A democracia tem os seus. Quando falamos, hoje, em audiência justa são esses princípios que devem ser postos em prática. Muitos estão em tratados ou pactos internacionais e na própria Constituição do Brasil.

Dentre eles encontramos em nossa constituição: coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI), assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente necessitados (art. 5º, inc. LXXIV), dever de motivação das decisões judiciais e publicidade dos atos processuais (art. 93, inc. IX) *etc.*

A Constituição dispõe ainda sobre várias "espécies" de ação, ou melhor, remédios processuais para as violações aos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade. Entre outros, podem ser citados: ação civil pública (art. 129, inc. III), ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, inc. LXIX e LXX, respectivamente), mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI), *habeas corpus* (art. 5º, inc. LXVIII) e o *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII).[210]

Todos têm interesse em como é realizada a justiça. A publicidade é fator de transparência sem a qual não há democracia. Visa possibilitar ao cidadão o controle dos atos pelos meios legais. Por isto, a Constituição brasileira, em seu artigo 93, IX, diz que, *in verbis*: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

Além da audiência pública e justa, exige a Declaração Universal dos Direitos do Homem que o tribunal seja independente e imparcial.

Tais atributos dizem respeito a cada um dos juízes. O juiz, ao julgar, não pode estar sujeito a pressões ou ameaças, sejam externas ou dos outros poderes do Estado, sejam de outros membros do próprio Judiciário. O ato de julgar é um momento de liberdade. A independência é o exercício consciente dessa liberdade, nos termos da lei do país.

As pessoas a serem julgadas têm interesse em que o juiz[211] faça uma reflexão sobre o assunto, com serenidade e sem pressões. Têm direito também de que sua causa seja julgada por aquele juiz que se tomou certo, por sorteio e atribuições de cargo previamente previstas em lei, e que deve estar àquela vinculado até o final. Denominado de "juiz natural".

E a imparcialidade? Seria o juiz imparcial um ser diferente do homem comum, que tem lá suas ideologias, preferências estéticas, preconceitos?

Nada disso. Como qualquer ser humano, o juiz não está impedido de ter suas convicções políticas. Não está livre de ser um homem, com as qualidades e defeitos que todos têm.

Não se quer juiz neutro. Exige-se dele, sim, que, em obediência aos mencionados princípios, abra-se, com liberdade, tolerância e generosidade, a se deixar convencer pelos argumentos e pelas provas que cada litigante traga ao processo, procurando superar, com tal conduta, eventuais prejulgamentos.

---

[210] Infelizmente, essa promessa de universalização da tutela jurisdicional não trouxe consigo uma melhoria na máquina judiciária que propiciasse uma real e efetiva melhora na qualidade dos serviços prestados. Ao contrário, o que se vê hoje é um acúmulo de serviço em quase todos os órgãos do Poder Judiciário e uma excessiva demora na solução dos conflitos, com uma qualidade muito aquém do desejado. Mas conscientes de sermos um país pobre e que isso implica na grande dificuldade de se alcançar uma Justiça de primeiro mundo, não podemos desanimar. E a tutela coletiva é um dos mecanismos mais eficientes nessa necessária tentativa de melhora na prestação de justiça, pois propicia a proteção dos direitos de uma grande gama de pessoas sem congestionar a máquina judiciária com um sem-número de processos individuais. O que se espera e deseja, é que as associações passem, então, a exercer efetivamente sua legitimidade extraordinária em prol da coletividade.

[211] A função do juiz frente ao acesso à justiça como direito fundamental será motivo de um item adiante.

## 3.4.1 O acesso à justiça e o Judiciário

> *"Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então pode entrar mais tarde. 'É possível', diz o porteiro, 'mas agora não'. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: 'Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso do que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro'. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele (...)".*[212]

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

Amílton Bueno de Carvalho,[213] com visão crítica responde a essa pergunta: "(...) *nosso Poder Judiciário funciona muito bem: ele é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona*". E, em seguida, explica:

> *"O volume excessivo de serviço carrega problemas seríssimos que não se limitam tão-só à falta da pronta prestação jurisdicional, que nada mais é, muitas vezes, do que a própria negação do direito ao litigante. Ele ataca a vida pessoal do Juiz. O magistrado vive em tormentosa angústia: como prestar jurisdição a milhares de pessoas? Na verdade, não consegue: o trabalho que deve ser fonte de prazer se transforma em atividade massacrante e até certo ponto indigna. Ora, ante o insuportável volume de trabalho a forma mais rápida do Juiz 'livrar-se' dos processos é julgar mecanicamente. Ao invés de ter atividade criadora, crítica, transformadora, o excesso de trabalho faz com que, de maneira menos desgastante no plano físico, seja aplicado o saber consagrado ou apenas a dita vontade do legislador por menos nobre que possa ser."*

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira[214]:

---

[212] Franz Kafka, *O processo*. Tradução de James Amado. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 261.
[213] Op. cit. *Papel de*...p. 90.
[214] *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. São Paulo: Revista do Processo, 1985. p. 387.

> *"(...) juiz onerado com excesso de serviço é juiz que por força estudará os autos com menor profundidade, que mais facilmente se resignará ao papel de mero subscritor de despachos e decisões redigidos por mão alheia, que se absterá de iniciativas instrutórias, que se inclinará a adotar, sem exame crítico, soluções já prontas para as questões de direito (e, por conseguinte, quase nunca contribuirá para a abertura de novos caminhos na jurisprudência)."*

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

O Judiciário é considerado o "primo pobre" dos Poderes do Estado, um Poder de segunda classe, um Poder sem "poder", um Poder inerte. O próprio Montesquieu,[215] responsável pela elaboração inicial da doutrina *moderna* da tripartição de poderes, como já vimos, chegou a afirmar que "dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. E mais: os juízes seriam apenas "a boca da lei" (*bouche de la loi*).

Explica Dalmo de Abreu Dallari que a causa primeira dessa *crise existencial* reside na velha concepção de que o Poder Judiciário não possui legitimidade, mas apenas *autoridade*. Ainda hoje a França, por força da Constituição de 1958, não utiliza a expressão "Poder Judiciário" mas "autoridade judiciária". "(...) o que se quer (em França) é uma magistratura dócil e dependente (...), na França perdura uma herança histórica que não é favorável à equiparação do Judiciário aos demais poderes do Estado nem à independência real dos juízes". [216]

Ora, não se pode esquecer que a origem, ou melhor, a fonte da legitimação do Poder Judiciário, em um Estado Democrático, é a própria Constituição. É que a Carta Magna, enquanto manifestação da vontade soberana do povo, ao atribuir competências e limitações às funções estatais, concedeu ao Poder Judiciário a incumbência de promover a "guarda da Constituição"[217] e a solução dos conflitos de sua competência, portanto, contra a vontade mesma do governante, mas sempre com vistas à preservação dos valores constitucionais.

---

[215] *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural. (Os Pensadores), 1997. p. 203.
[216] *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 16.
[217] Art. 102 da CF

Ademais, uma sentença bem motivada, prolatada por um órgão independente e compromissado com a justiça e democracia materiais, dentro de um processo onde se observou o devido processo, o contraditório e a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, nos limites da competência traçada pela Constituição, possui, sem dúvida, legitimidade, talvez até maior do que a legitimidade do Legislativo e do Executivo, que, conquanto eleitos pelo sufrágio universal, prescindem, geralmente, da participação popular na tomada de suas decisões.

Dessa forma, não é pelo de fato de os juízes não serem eleitos pelo povo que o Judiciário deixa de possuir legitimidade e de se constituir como um poder representativo. Aliás, Dalmo de Abreu Dallari[218] já afirmou que a melhor forma de seleção de magistrados é mesmo o concurso público, que é única capaz de garantir a independência e a imparcialidade da Justiça, sendo que as experiências alienígenas no que se refere à eletividade dos juízes vêm sendo consideradas desastrosas ou, no mínimo, criticáveis.

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

Assim, parece já estar incrustada na mente popular a idéia de que o Poder Judiciário somente protege os ricos.

É preciso, pois, inicialmente haver uma aproximação do povo com a Justiça, vale dizer, urge que seja feita uma *democratização do Poder Judiciário*, reavaliando-se a participação popular na gestão do aparato jurisdicional, de modo "popularizar" a justiça.

Aliás, também com Luiz Guilherme Marinoni,[219] aprende-se que:

> *"(...) o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável; 'responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituído de tomar a palavra e ser escutado".*

---

[218] Op. cit. *O poder...* p. 125.
[219] Op. cit. *Tutela* ..... p. 28.

É fundamental que o Judiciário tenha a sensibilidade para saber que é o movimento da sociedade que legitima todas as instituições e todas as leis, porque é na sociedade que está a idéia da justiça e não dentro do Poder Judiciário.

Quando se fala em democratização do Judiciário, isso implica duas exigências essenciais: primeiro, a mudança de atitude do Judiciário no relacionamento com o povo e a sociedade em geral; em segundo lugar, é indispensável considerar igualmente a mudança interna do Judiciário, em sua organização e seus métodos.[220]

Nota-se assim, que o judiciário não é um órgão reprodutor da lei, mas sim, seu verdadeiro interprete, e como hermeneuta, por meio do processo, deve indicar qual o direito a norma impõe pela lei, não como poder originário, por respeito à tripartição dos poderes, mas como fiel guardião da Constituição e seus princípios, seja no controle concentrado ou difuso.

Anna Cândida da Cunha Ferraz reconhece com seu brilhantismo peculiar, ser a experiência dos tribunais, mediante o processo, um dos legítimos fatores de mudanças informais na própria Constituição. Conforme diz, a Constituição reflete idéias e valores dominantes em determinada época, sendo "*reflexo de forças políticas, econômicas e sociais que atuam no momento de sua adoção*". Como essas estruturas estão em constantes mudanças, é esperado que a Constituição se modifique, seja pela alteração formal, seja pelo seu sentido, significado e alcance. Nesta hipótese de alteração não-formal, a interpretação judicial desempenha relevantíssimo papel, pois por meio dela "*evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente*".[221]

## 3.4.2 O Juiz e o acesso à justiça

Limitaremos-nos a tecer alguns comentários gerais acerca de certas deficiências e preconceitos da magistratura, essencialmente vinculados à concretização do direito fundamental à ação, ou melhor, a uma ordem jurídica justa,

---

[220] Op. cit. *O poder*...p. 143.
[221] *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 125-126.

ressaltando-se mais uma vez que essa ordem jurídica justa a que se aspira é aquela que tem por escopo "reduzir as desigualdades sociais".

Entende-se que ao Juiz cabe um papel de importância sem igual quando se trata de garantir o acesso à justiça na defesa dos direitos fundamentais, mas essa importância, que hoje se transforma em uma liberdade de interpretação, nem sempre foi possível.

O Juiz, sendo um ser "neutro" entre as partes envolvidas no litígio, sempre foi preocupação dos soberanos e das elites dominantes e opressoras como um entrave de seus abusos e desmandos; assim, a filosofia política do início dos tempos sempre propagou uma limitação, sobre estes e suas decisões, e para tanto comprovar, veja-se.

Para Montesquieu[222] todo soberano deve tomar o cuidado de pôr limites à magistratura, evitando que a função jurisdicional se torne poderosa, chegando a dizer que "*dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo*" e, mais adiante: "*os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei*".

Da mesma forma, Cesare Bonecasa Beccaria,[223] em meados do século XVIII, demonstra bem o espírito da época de temor pelos magistrados ao defender que o juiz não deve interpretar as leis, pois não tem legitimidade para tanto *"(...) não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e deixar que as leis voguem à torrente das opiniões*".

Esses grandes autores defendiam, abertamente, a limitação do Juiz em se manter ao texto frio da lei, quando de suas decisões. Não cabe aqui, neste estudo, divagarmos se a lei é fruto do povo, ou se assim, poderíamos manter uma verdadeira segurança jurídica, que afinal, mesmo com o império das leis, acaba não existindo, mas sim, se ao Juiz, à luz dos preceitos e princípios constitucionais lhe é dado ampliar o acesso à justiça.

---

[222] Op. cit. p. 203 e ss.
[223] *Dos delitos e das penas*. 11ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1995. p. 17.

É certo que várias causas das mazelas da Justiça muitas vezes fogem ao controle dos magistrados, ou seja, são provocadas por fatores exógenos à atividade jurisdicional.

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

Deixando de lado esse aspecto da corrupção dentro do Poder Judiciário, e partindo do princípio de que a maioria absoluta é íntegra, temos que, mesmo entre os magistrados honestos, há uma postura que dificulta o acesso à justiça.

Sábias, nesse ponto, são as palavras da Bíblia, quando diz:

> *"Infelizes vocês, professores da lei e fariseus fingidos! Vocês se preocupam com limpezas externas, como limpar os copos e os pratos, mas não se preocupam com limpezas internas, dentro de vocês mesmos: limpar a maldade e o desejo de roubo que está dentro de vocês. Fariseus cegos! Para que a limpeza exterior seja válida, é preciso limpar primeiro o interior!" (Evangelho de Mateus, 23, 25-27).*

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

Também é o que os "donos do poder" esperam dos juízes. Para eles, a função do juiz deve ser de simples subserviência. O que querem é um Judiciário acomodado, não criativo, acrítico, ou seja, não há o menor interesse no funcionamento efetivo do Judiciário. Parte-se do pressuposto de que o magistrado não entende de administração ou política econômica: não sabe o que é necessário para o desenvolvimento do País.

Se julgar um tributo inconstitucional, está emperrando o crescimento do Brasil e causando graves prejuízos aos cofres públicos (aliás, é notório que ultimamente o

Supremo Tribunal Federal vem julgando quase sempre *pro fisco* nas causas em que se discute a constitucionalidade de determinado tributo). Se decidir aumentar o salário dos funcionários públicos, fazendo cumprir a determinação constitucional da isonomia, está quebrando o princípio da separação dos poderes e sendo corporativista. Se insistir em velar pela "guarda da Constituição", está tornando o País ingovernável. Se deixar de aplicar uma medida provisória para cumprir um princípio constitucional, é o responsável pelo desemprego e desestimula investimentos internacionais. Se não cumpre as súmulas dos Tribunais, criando uma nova interpretação mais justa da norma, é insubordinado, não científico e causa a insegurança. Se lutar pela independência dos magistrados, só está pensando em manter os privilégios. Se for favorável aos movimentos sociais e as causas populares, é um juiz de esquerda que só quer saber de baderna e que não está sendo imparcial (como se os que determinam uma reintegração de posse contra posseiros fossem bastante "neutros"). Se conceder uma liminar impedindo a realização de um leilão manifestamente prejudicial ao País, fala-se em censura ao Poder Judiciário, cogitando-se em proibir concessão de tutela cautelar contra a Fazenda Pública ou em ressuscitar a malfadada avocatória.

Entende-se, em resumo, ser esse o pensamento dos "donos do poder", os quais, com o apoio da mídia, tentam incrustar também essa mentalidade no cidadão. E o pior: muitos juízes, paradoxalmente, são tributários do mesmo pensamento.

É preciso, pois, mudar completamente esta visão. É hora de quebrar mitos, de modificar paradigmas e renovar o discurso jurídico. Eis o ponto de partida.

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

O tema do papel do juiz frente ao acesso à justiça, é um dos mais polêmicos, mas, José Renato Nalini não se furtou ao tema, como outros também não, e sensível ao assunto, antevê que

> *"Todo juiz consciente, aquele que dedica o melhor de sua inteligência e de seu trabalho para a missão de solucionar conflitos, deve indagar, a cada dia, se a sua opção vem produzindo os frutos pelos quais anseia. Está a Justiça humana cumprindo em plenitude o compromisso que justifica o seu*

*preordenamento? Ou, em outras palavras, a comunidade está tranqüila em relação ao seu Judiciário, instituição eficiente e ágil para responder — a tempo e a hora — aos reclamos pela restauração da harmonia social?*

*Quem tiver sensibilidade para identificar o clamor social, somente poderá sentir que o Judiciário não atravessa imune as procelas que envolvem toda a atuação oficial. Se o próprio conceito de Estado, suas formas e regimes, está a exigir reformulação, assim, também, todos os seus órgãos e entidades integrantes que padecem das mesmas enfermidades lógicas. A descrença do destinatário, o preconceito natural por se tratar de prestação governamental, a certeza da lentidão do serviço, ademais complicado e dispendioso, a distância imensa entre as necessidades e urgências da comunidade e o ritmo da resposta jurisdicional possível, são constatações a que os atentos já chegaram.*

*O juiz que não se conforma com uma atuação meramente burocrática e que pensa continuamente os aspectos constitucionais de seu mister não se acomoda perante esse quadro. Procura contribuir para reflexão que não é só dele, mas de todos os interessados na preservação da democracia, alternativa menos falível de uma vida social digna a da qual o juiz é categorizado avalista".*[224]

E alerta ainda que o despertar dos magistrados hoje não se coloca mais como mera questão de conveniência, mas sim como questão de sobrevivência institucional, sob pena de o Poder Judiciário, nesta corrida desenfreada de mercado, vir a ser substituído por soluções mais rápidas, baratas e eficientes na resolução dos conflitos. [225]

Os juízes, portanto, nesta nova ambiência, podem e devem tomar uma postura mais ativa e militante, com papel político reconhecido, atuando sempre em função do povo em busca da concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade, altivez e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça.[226]

Deve surgir um *novo juiz*, o qual, doravante, torna-se eticamente responsável pela decisão. Este *novo juiz* para José Alfredo de Oliveira Baracho[227] "(...) *deve ser fiel à Constituição e aos valores políticos desta*".

E sobre a decisão judicial, José Renato Nalini[228] indica o dever de fundamentar a contribuição do juiz para concretizar o ideal do acesso à Justiça. Refere que tendo *"presente o compromisso de explicitar os argumentos que*

---

[224] *O Juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 82-83.
[225] Idem. p. 83.
[226] Dalmo de Abreu Dallari, op. cit. *O poder...* p. 163.
[227] *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14.

*conduzem a conferir à demanda o resultado contido na sentença, o julgador necessariamente se aproximará do ideal de Justiça".* A fundamentação das decisões cumpre também a finalidade de indicar o rumo correto da aplicação do direito. [229]

Deve, o Juiz, estar preocupado em realizar da melhor maneira possível e com a melhor eficácia o serviço social do direito, disposto a assumir um lugar de destaque em prol da liberdade e da paz entre os homens e a sociedade, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e, sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.

José Renato Nalini enfatiza que na atualidade:

> *"Exige-se, enfim, do juiz, intérprete do direito, que absorva os dados referentes à cultura, à história e às próprias necessidades sociais do povo, para que deixando de ser uma obstrução ao acesso à justiça - talvez a maior delas - especialmente, para os desfavorecidos, possa erigir uma técnica inovadora a ser aplicada em sua nobre tarefa de julgar, de forma a assegurar o equilíbrio, a paz e a justiça. Daí porque depende do juiz a opção fundamental vertida para o Texto Constitucional em agregação sólida constatável ou em quimera estiolante de expressivos anseios sociais".*[230]

Esse juiz, constantemente inquieto por não se conformar com a observância burocrática de seus deveres, nutre o ideal de se aproximar da verdadeira justiça. *"Num Estado como o Brasil, de muitos milhões de miseráveis, o juiz precisa refletir continuadamente se ele está sendo fator de resgate de seus semelhantes ou instrumento de mais intensamente afligir o aflito. Poderá ser um e outro, utilizando-se da mesma técnica de julgamento"*[231], e para tanto, mergulha no árduo mister de "questionar a constitucionalidade dos atos normativos com os quais se defronta, aparando-se na lógica jurídica da razão".

Uma maior importância atribuída ao Poder Judiciário na fiscalização dos atos legislativos – e também administrativos (comissivos e omissivos) – não malferirá o princípio da harmonia entre as funções estatais, vez que:

> *"(...) a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é*

---

[228] Op. cit. *O Juiz...*. p.70.
[229] Paulo Bonavides. Op. cit. *Curso de...* p. 540.
[230] Op. cit. *O Juiz...* p. 45.
[231] Idem. Op. cit. p.20.

*óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição".*[232]

À decisão judicial também cabe outra importância, que muitos juizes seja pelo excesso de processos ou mesmo por desacreditarem de sua função, não se desincumbem: é a de ensinar ao cidadão como deve ser entendido o direito guerreado, e para isso, o Juiz deve cuidar para que sua linguagem, na sentença, não seja daquelas que o cidadão médio não possa desvendar e pior, não possa cumprir corretamente. A decisão judicial também tem essa função social de educar.

Para tanto, José Renato Nalini, comentando como a linguagem do judiciário deve ser, destaca que o Juiz não deve esquecer que,

> *"(...).o brasileiro tem direito constitucional à informação. Não desatende à positividade o juiz que se preocupar com a transmissão desses dados a comunidade. Antes estará implementando a nova ordem constitucional, que pretende tornar cada homem um bom cidadão – a completeza do homem em sociedade – ou, segundo a feliz expressão de Hannah Arendt, o direito a ter direitos. Existe uma palpável insuficiência, quando não total carência de informação jurídica e judicial...O juiz não está excluído da responsabilidade de manter o destinatário informado de seus direitos, nem da transparência que a prestação jurisdicional também deve se revestir, pois a administração pública submetida aos preceitos do art. 37 da Constituição da República...E favorecendo a veraz participação do homem, sobretudo o homem simples e anônimo, na administração da justiça(...)".*[233]

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

Os juristas só não podem mais esperar de "braços cruzados" a boa vontade do legislador e do executivo, sobretudo em matéria processual, já que não são os Congressistas nem os Administradores que estão vendo os processos se amontoarem nas prateleiras do fórum.

---

[232] Paulo Bonavides. Op. cit. *Curso de...* p. 363.
[233] Op. cit. p. 87

Deve-se agir, "descobrir" no próprio arsenal de princípios que o sistema disponibiliza e na própria norma constitucional garantidora do direito de ação a solução adequada para que se possa cumprir a missão constitucional que foi conferida pelo povo e ser, no dizer da Profa. Anna Cândida da Cunha Ferraz, um poder que adapta a interpretação da constituição ao momento presente, pois: "quem sabe faz a hora não espera acontecer", já dizia a velha canção.

Se todos os problemas, como os que analisados, fossem resolvidos magicamente pelos editos oficiais, seria muito confortável. Mas, como o trato envolve o querer das "*gentes*" e as limitações das instituições políticas, por maior que seja o número de instrumentos legais disponibilizados, sempre restará espaço a ser percorrido para que a efetividade dessas normas seja realizada. E o menor caminho a ser percorrido entre o que o Estado pode oferecer em termos legislativos e o que os cidadãos esperam em termos de acesso à justiça é a adoção de princípios, regentes do vácuo aqui comentado e, ao mesmo tempo, alicerçadores de decisões equilibradas.

A crença na Justiça é a última esperança, a *ultima ratio* para salvaguarda das instituições democráticas. Assumindo de vez seu papel político de "guardião" da Constituição formal e, sobretudo, material, o Poder Judiciário estará contribuindo efetivamente para que a história consagre a importância da função jurisdicional, em um Estado Democrático de Direito, para a concretização e proteção dos direitos humanos.

Sem embargo, na lição de J.J. Gomes Canotilho,[234] é hora de colocar a cabeça hermenêutica dos juízes, *"(...) nos pés constitucionais e reproblemizar renovadoramente a 'arquitectónica' e 'ordenação funcional' de um Estado Democrático"* Sobre o Poder Judiciário, agora mais do que nunca, pesa a responsabilidade de satisfazer a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Pelo exposto, o Juiz, atuando de forma ativa e independente, com vistas a cumprir os objetivos traçados na Carta Magna, estará fazendo sua parte na *concretização* do direito fundamental à ação, ou melhor, ao princípio constitucional do acesso à ordem jurídica *justa*. O resto, se não for feito agora, o tempo haverá de fazer.

---

[234] *Constituição dirigente e vinculação do Legislador: tributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 10.

### 3.4.3 Indeclinabilidade da prestação jurisdicional pelo Judiciário

Mesmo na falta de norma, deve o magistrado apreciar a questão e apresentar-lhe solução final, baseada nos critérios que o sistema jurídico determina, quais sejam, os princípios constitucionais, os usos e costumes e a analogia.

Vicente Greco Filho anota que: "Por mais complexa que seja a relação jurídica e a norma legal que a define, é obrigado o juiz a apreciar o pedido, dizendo de sua procedência ou improcedência, desde que presentes as condições da ação e a regularidade formal do processo."[235]

É essa, no entanto, a manifestação do Supremo Tribunal ao afirmar que:

> *"A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5° da Carta da República."*[236]

Realmente, de pouca ou nenhuma valia seria a declaração do princípio da legalidade (Estado de Direito), do direito ao amplo acesso ao Judiciário se, de outra parte, permitir-se ao magistrado quedar-se inerte em sua função de proteção do Direito quando provocado a manifestar-se.

## 3.5 Restrições ao acesso à justiça

Se a "justiça total" é uma utopia, o acesso à "ordem jurídica justa" acima comentada, acredita-se ser mais factível, mesmo que abissais sejam as desigualdades sociais e econômicas entre os particulares envolvidos em seus conflitos de interesses e litígios judiciais. Assim, nesta parte, serão apresentados, de maneira geral e sintética, os principais entraves ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça quanto ao indivíduo.

Entende-se necessário para a viabilização desse direito fundamental, por parte do indivíduo, uma ruptura de barreiras que se interpõem entre o particular e o Estado-juiz, Muitas delas, acredita-se, não serão derrubadas por fazer parte das diferenças naturais e inerentes do ser humano. Daí esse estudo na tentativa de

---

[235] *Direito processual civil brasileiro.* p.41. v. 1.

justificar que a sociedade civil organizada poderá ultrapassar a maior parte dessas barreiras, quase intransponíveis ao cidadão.

Vislumbra-se que o primeiro fator impeditivo do acesso à justiça, pelo indivíduo, tem raiz *econômica*. Com efeito, a movimentação da máquina judiciária é inexplicavelmente cara. A expressão inexplicavelmente é explicável! O sistema processual é burocratizado. As despesas e taxas cartorárias, os honorários advocatícios e periciais e a interrupção do labor de quem é parte ou testemunha são apenas alguns dos empecilhos a que as pessoas economicamente frágeis consigam chegar à justiça.[237]

Por paradoxal que possa parecer, no mundo onde impera o capitalismo ou a sua variante do novo liberalismo, o custo do litígio aumenta em proporção inversa ao valor da causa.[238]

Assim, obstaculizadas (ou pelo menos dificultadas) são as chances de uma tutela jurídica decente e eficaz para o operário, o aposentado, o pequeno agricultor, o empregado doméstico, o consumidor, e o habitante da periferia da urbe, por exemplo. Ficam, estes e outros menos favorecidos, inibidos de receber a assistência reequilibradora que lhe é devida pelo Estado-juiz.

Modo inverso, aos grandes grupos econômicos, detentores dos meios de produção, serviços e comunicações, tudo é facilitado, já que dispõem de legiões de bons advogados e as despesas processuais são contabilizadas em seus balancets contábeis. E não se fale que a "assistência judiciária" formalmente mantida por alguns entes públicos para atender aos miseráveis supre o desnível ora comentado, pois, não raramente, essas repartições funcionam de forma tão precária que parecem tocadas pela inanição de, mesmo estando inseridas no organograma do Executivo, receberem a "contaminação" das agruras do Judiciário somente porque junto a este operam.

Outro fator que inibe o acesso à ordem jurídica justa, diz respeito à maior ou menor freqüência com que certas pessoas ou grupos enfrentam as querelas

---

[236] STF – RExtr n.172.084/MG – Rel. min. Marco Aurélio, *DJ* de 3 nov. 1995.

[237] No Estado de São Paulo, recente Lei n.º 11.608/2004, aumentou ainda mais os custos do processo ao jurisdicionado.

[238] Boaventura de Souza Santos. Introdução à sociologia da administração da justiça. In___ *Direito e justiça. A função social do Judiciário.* José Eduardo Faria (Org.). 2ª ed., São Paulo: Ática, 1994., p. 46.

judiciais. É o que Mauro Cappelletti e Bryant Garth[239] chamam de "*litigantes habituais*" e "litigantes eventuais".

Pela experiência processual e simples percepção, é grande a diferença de resultado entre os *litigantes habituais* (em razão da sua superioridade econômica, acostumados a transitar pelos meios cartorários, e devidamente assistidos por advogados inseridos no cotidiano forense e com fácil chegada a serventuários e a magistrados) e os *litigantes eventuais*, configurados naquelas pessoas que vez por outra têm algum direito violado, mas resistem a recorrer às vias judiciais, em razão do ceticismo que assola a grande massa consumidora de justiça.

O *social* é outro fator, que apesar de ser passível da análise autônoma, está umbilicalmente atado aos óbices de índole econômica. Com efeito, ainda que seja nas camadas mais humildes da população que se apresentam índices elevados de atentados aos direitos subjetivos dos cidadãos, têm estes uma espécie de temor às coisas do Judiciário, não raro achando que para aquela seara somente são levados na condição de demandados e assim mesmo em processo penal.

Ainda na mesma linha dos obstáculos aqui já apontados, apresenta-se o fator *cultural* como mais um abismo desunindo o cidadão da "ordem jurídica justa". Ir ao Judiciário em defesa de algum interesse seu é coisa para cultos ou iniciados nas artes forenses. E, assim que é "vendida" a idéia às pessoas mais distanciadas da informação acerca desse atributo da cidadania.

Não raro é invocada a máxima "*é melhor um péssimo acordo do que uma ótima briga jurídica*", retrato puro do conformismo que só beneficia as camadas mais poderosas ou influentes da sociedade, em franco desfavor dos mais humildes.

A saída para essa onda de afastamento da justiça das camadas menos influentes parece estar, na efetivação da educação do povo acerca dos seus direitos mais fundamentais. Assim, noções sobre Direito do Consumidor e sobre Direito Ambiental, por exemplo, quer sejam veiculados por meio de currículos escolares ou informalmente pelos meios de comunicação social, plantam no âmago das pessoas o gérmen da rebeldia, estimulando-as até mesmo a procurar um canal remoto para receber a tutela jurisdicional difusa, como é o caso do Ministério Público.

Isto vem a demonstrar, concordante com a opinião de Horácio Wanderley Rodrigues,[240] que a

---

[239] Op. cit. p. 25.

[240] *Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 56.

*"(...) estrutura educacional e os meios de comunicação social exercem um papel fundamental no que se refere ao acesso à justiça. Por um lado, devem esclarecer quais são os direitos fundamentais do indivíduo (visto isoladamente) e da coletividade e quais os instrumentos jurídicos hábeis para sua reivindicação e proteção. Por outro lado, devem estimular uma cultura de busca da efetividade desses direitos, por meio de uma educação (formal ou informal) para a cidadania, passando pela assimilação da idéia fulcral de que o respeito aos direitos passa pela consciência de que seu desrespeito levará à utilização dos mecanismos estatais de solução dos conflitos".*

Mas, para que não se imagine que os óbices apresentados à chegada do particular à tutela jurisdicional são todos aparentemente exógenos, ou seja, sediados em searas apontadas como da responsabilidade do Poder Executivo ou da sociedade "leiga", é bom que seja destacado que o próprio Judiciário constrói e mantém barreiras quase inexpugnáveis para que o povo chegue aos seus sítios. Vejamos alguns desses obstáculos.

A prestação jurisdicional é cara e lenta, o que a torna, por si só, insuficiente e ineficaz. A lerdeza crônica que assola os mecanismos de concessão da tutela jurídica é a mais ardilosa negação da própria justiça. Mas, pouco tem sido feito para desmanchar essa realidade que persegue e emblematiza o serviço judicial, a não ser por meio de soluções pontuais. A estrutura continua "pesada".

Louve-se, no entanto, o aparecimento dos Juizados Especiais e a difusão das soluções consensuais, que são luzes ainda diminutas no imenso túnel de escuridão que representa a atividade jurisdicional. Estes mecanismos auxiliaram, e muito, a ruptura do espesso conservadorismo que reveste o Judiciário, dando brechas para a diminuição da hegemonia do documentalismo impresso e abrindo espaço para novos métodos e técnicas de franquear ao povo o acesso à justiça e, mais precisamente, à "ordem jurídica justa", conforme já foi antes comentado.

Traçados essas curtas linhas, sobre as barreiras ao acesso à justiça, acredita-se, que muitas, se não todas, podem ser superadas por meio da sociedade civil organizada como titular nas ações de cunho coletivo, com redução de custos aos indivíduos e superação, reflexiva, dos demais bloqueios.

No mesmo sentido de ofertar soluções, sem esgotar o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth[241] estudando o tema, apontam para três políticas, denominadas de "ondas", que já começaram a ser implantadas no mundo ocidental com o escopo de tornar o acesso à justiça efetivo, são elas: a primeira foi a criação

[241] Op. cit. p. 31-74.

da assistência judiciária; a segunda, as reformas com vistas proporcionar a tutela coletiva dos interesses "difusos"; e a terceira, a que chamaram de "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, visando transformar a estrutura judicial, desburocratizar tribunais e procedimentos.

Das "ondas" apresentadas anteriormente, cabe algumas palavras, quanto à assistência judiciária. Nesse diapasão, observa José Renato Nalini:

> *"Dentre os obstáculos econômicos que se antepõem entre o lesado e o equipamento formulador da Justiça figura a cobrança de custas. Pese embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído".*[242]

Há a assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV, art. 5°, da Constituição Federal brasileira como instrumento viabilizador do princípio do livre acesso à Justiça, é dizer que *"a Constituição Federal, ao prever o dever do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, pretende efetivar diversos outros princípios constitucionais, tais como igualdade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e, principalmente, pleno acesso à Justiça".*[243]

Luiz Antonio Rizzatto Nunes, leciona que:

> *"Um dos grandes entraves para o exercício da cidadania é – sempre foi – o de ordem financeira, capaz de por si só impedir a pessoa de bater às portas do Judiciário para apresentar seu pleito. No Brasil, fruto de uma sustenção democrática bastante ampla, já nos idos de 1950 foi editada a Lei 1060 visando acabar com essa ordem de impedimento".* [244]

O princípio do livre acesso à Justiça, com a devida isenção de encargos e o princípio da isonomia, guardam íntima relação com os direitos fundamentais, pois se todos são iguais perante a lei, não pode a riqueza ser elemento a diferenciar os litigantes judiciais.

---

[242] Op. cit. p. 33.
[243] Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil interpretada.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 440.
[244] *A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida para melhor garantir o acesso à Justiça.* Disponível em http://www.saraivadata.com.br/index.cfm?bibilioteca/doutrina/doutrina.cfm?doutrina=523>, acessado em 10 de março de 2005.

José Renato Nalini aponta que a burocracia no recolhimento de custas obsta a obtenção rápida e eficaz à Justiça. Preleciona o autor:

*"À Justiça deve se chegar de maneira fácil. O pagamento de despesas, a par de não distinguir entre os hipossuficientes e os abastados, constitui em si um fator de prolongamento da demanda. É a necessidade de burocracia para os recolhimentos, a demora nos cálculos, o preparo a impedir que injustiças venham a ser corrigidas por instâncias superiores"*[245].

Antes de encerrar, cabe discorrer sobre a diferença entre assistência jurídica e assistência judiciária, apesar de entender-se não muito complexo, veja-se.

A assistência jurídica é de previsão constitucional, nos termos do art. 5º, LXXIV *in verbis: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"*. Já a assistência judiciária é de cunho infraconstitucional, regulada pela lei nº 1.060/50, art. 3º [246], e garante a isenção da maioria das despesas decorrentes do litígio.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes[247], citando Nelson Nery Júnior esclarece que "*(...) a assistência jurídica tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade e atividade jurídica extrajudicial em geral*". E continua o autor ao se referir a assistência judiaria como *"(...) mera isenção de taxas, custas e despesas processuais"*. (grifos originais)

Para se obter a isenção dessas despesas, a lei 1.060/50 exige apenas uma declaração do requerente de sua hipossuficiência financeira (art. 4º.), mas declarações fraudulentas serão punidas com o décuplo das custas judiciais, Art. 4º.§1º. da lei 1.060/50.

Por tudo isso, entende-se que assistência jurídica ou mesmo a assistência judiciária são facilitadores ao acesso à justiça, em perfeita sintonia com ações de caráter afirmativas, ou seja, ações que visem desigualar os desiguais.

---

[245] Op. cit. p. 34.

[246] Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I – das taxas judiciárias e dos selos; II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público; V – dos honorários de advogados e peritos; VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

## 3.6 As ações afirmativas e o acesso à Justiça

Estudando-se o acesso à justiça, outro princípio salta do texto: o princípio da igualdade, que deve integrar o acesso à justiça no tocante a uma audiência e processos justos. Daí, uma questão se levanta: Como seria promover a igualdade das partes ao acesso à justiça?

Primeiramente cabe destacar que no estudo do direito, a doutrina apresenta duas formas de igualdade: *Formal e Material.*[248] Vejamos, parafraseando J.J. Gomes Canotilho, em breves palavras, os conceitos de cada.

De um lado, na acepção de *igualdade formal,* fala-se na necessidade de vedar ao Estado toda sorte de tratamento discriminatório negativo, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios *suspeitos* tais como a raça, a religião ou a classe social. De outro, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a *igualdade material* de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Note-se que o segundo conceito de igualdade absorve e amplia o primeiro, pois igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais. Para ser mais explícito, o princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato.

A diferença está basicamente na postura do Estado em relação à igualdade, pois, enquanto o Estado Liberal, berço da 1ª. geração dos direitos fundamentais, se contenta em não produzir institucionalmente a desequiparação, o Estado Social, berço da 2ª geração, arroga para si a missão de produzir a equalização como compromisso constitucional.

---

[247] Op. cit. *A assistência... passim*

[248] J.J.Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1994. p.399.

Nunca, porém, é demais exaltar o caráter transformador que assumiu a igualdade mesmo no século XVIII, quando da instauração do incipiente Estado Liberal.

Com efeito, o princípio da igualdade formal é uma conquista civilizatória da revolução burguesa. Trata-se de uma idéia-força que tentou abolir, definitivamente os privilégios da nobreza e do clero, com prejuízo notável, portanto, para uma visão hierarquizada da sociedade ocidental consagrada desde os tempos da filosofia aristotélica [249] em benefício da plena realização das capacidades do indivíduo e da contenção do poder estatal por instrumentos normativos constitucionais. Como bem observa Norberto Bobbio, *"(...)os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano".* [250]

Como corolário, a lei e o aplicador do direito passam, portanto, a ser mensageiros de uma neutralidade estatal em relação ao destinatário da norma jurídica.

Por isso, a igualdade dos indivíduos perante a lei e ao acesso à justiça, nessa perspectiva, consiste no poder de exigir uma *abstenção* do Estado no que tange ao tratamento desigual fundado em fatores não racionais e não universalizantes. Observa Gilmar Ferreira Mendes:

> *"Como observado, enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, então dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma: (1) pretensão de abstenção (Unterlassungsanspruch); (2) pretensão de revogação (Aufhebungsanspruch); (3) pretensão de anulação (Beseitigungsanspruch)"* [251]

Nesse sentido, o princípio da igualdade assume uma função de defesa contra atos do poder público, vedando-se qualquer discriminação como forma de impedir a instituição de privilégios incompatíveis com a razão humana. Esse instrumento de defesa do indivíduo expressa um mandamento constitucional geral obstativo da atividade do legislador e do aplicador do direito, impondo-lhes quase sempre um não

---

[249] *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 34.
[250] Op. cit. *A era...* p. 85.
[251] *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 33.

fazer. De fato, aquele não pode, segundo critérios arbitrários, estipular tratamento jurídico discriminatório que se baseie na premissa da desigualdade; este, a seu turno, deve ser cego quanto a tais fatores no momento da aplicação do direito.

Todavia, a experiência constitucional do século XX no mundo ocidental demonstrou que, na maioria dos Estados, certos grupos de indivíduos jamais conseguiram atingir padrões aceitáveis de igualdade material, de oportunidades, ou de ocupação de espaços públicos relevantes com base na simples premissa de que a lei não os discriminaria. Sistematicamente, seja em razão do gênero, da compleição física, do credo ou da etnia, dados empíricos demonstraram a utopia da isonomia jurídica como remédio para as desigualdades. Surge a idéia da especialização do sujeito de direito, que Norbeto Bobbio destaca:

> *Assim, com relação ao abstrato sujeito "homem", que já encontrara uma primeira especificação no "cidadão" (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão? Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana."*[252]

Faz-se mister, nessa perspectiva, implementar, por meio da lei e de instrumentos de políticas públicas, a igualdade de oportunidades, ainda que seja necessário estipular benefícios compensatórios para grupos historicamente discriminados. Essa, portanto, a adequada função de não discriminação dos direitos fundamentais, como anota J.J. Gomes Canotilho:

> *"Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar de função de não-discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (...) Alarga-se [tal função] de igual modo aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função que se discute o problema das quotas (ex.: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das affirmative actions tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex.: quotas de deficientes).*[253]

Surge, portanto, ao lado da discriminação negativa, proscrita pelo ideário liberal, o conceito de *discriminação positiva ou ação afirmativa*, isto é, aquela destinada a suprir a situação de desvantagem imposta historicamente a indivíduos

---

[252] Op. cit. *A era....* p. 62.
[253] Op. cit. *Direito Constitucional.....* p. 385.

por causa de sua origem étnica, de sua religião, compleição física, nacionalidade ou gênero.

Não cabe neste estudo, divagarmos sobre as diversas teorias de discriminação e muito menos procurarmos as raízes sociológicas para tal, mas sim, a partir das discriminações do passado, atuarmos no presente com o escopo de extingui-las no futuro.

O fato, no entanto, é que a desigualdade ou discriminação pretérita projeta seus efeitos sobre o presente, tendo impacto desproporcional sobre os grupos vitimados e isso provoca, deliberadamente, que o Estado ou o particular (especialmente os grupos organizados da sociedade civil e as empresas), adote medidas concretas tendentes a mitigar os prejuízos causados anteriormente pela segregação ou exclusão.

Nesse ponto específico, vale tecer breves considerações sobre o instrumento teórico que se concebeu (ação afirmativa) para debelar várias modalidades de discriminação.

Joaquim B. Barbosa Gomes entende que as varias modalidades de discriminação geraram a teoria de impacto desproporcial, a "*Disparate Impact Doctrine*" que entende ser derivação do princípio constitucional da proporcionalidade, tal como concebido modernamente na doutrina como exigência da adequação, necessidade e razoabilidade constitucionais materiais das leis. Segundo essa "idéia-força",

> *"(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em conseqüência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas"*[254]

Assim tem-se que as ações afirmativas, como bem as define o mesmo autor, *"(...) consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física".* [255]

---

[254] *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O direito como instrumento de transformação social.* Rio de Janeiro: Editora Renovar: 2001. p.24.

[255] Idem. p. 6.

Concebidas originariamente nos Estados Unidos como forma de enfrentamento do desemprego de minorias étnicas, tais políticas discriminatórias positivas, impostas ou incentivadas pelo Poder Público, rasgam o véu de inocência do Estado Liberal ao determinar que fatores antes vistos como propensos à discriminação negativa podem ser convertidos em focos de ação imediata de proposições promoventes da igualdade material. [256]

Percebe-se, de imediato, que tal conceito exclui, preliminarmente, uma confusão comum: o de que a ação afirmativa é, necessariamente, sinônima de luta de negros para igualdade com brancos. Do mesmo modo, ação afirmativa não se confunde com ação estatal. Programas desenvolvidos por particulares podem partilhar o mesmo objetivo de superação da desigualdade e ao acesso à justiça, por intermédio das ações coletivas, como se verá adiante.

No que se refere às ações afirmativas e o acesso à Justiça, mais precisamente, é preciso invocar a Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 9.099/95, por promover a possibilidade de que as pessoas pertencentes àqueles grupos carentes acessem o Judiciário, o que até então era, reconhecidamente, oferecido a uma classe privilegiada economicamente, ou seja, que pudesse suportar os altos encargos processuais aqui analisados. Tratava-se, pois, de grupo marginalizado pelo Direito pretérito que, com o advento da legislação mencionada, foi integrado ao sistema.[257]

Outro exemplo de ação afirmativa que atua com o acesso à Justiça é a Lei nº 10.173/01, que dá prioridade à tramitação de processos judiciais nos quais figurem como parte pessoas com idade igual ou superior a 65 anos. Trata-se de grupo que, da mesma forma, tinha suas especificidades ignoradas pelo sistema jurídico e, pois, que passou a receber o adequado tratamento processual no que se refere à morosidade do caminhar do processo.

José Renato Nalini, ao discorrer sobre a correlação entre o princípio do acesso à Justiça e o princípio da isonomia, assevera que:

> *"O juiz também é destinatário dessa norma. Na aplicação da lei ao caso concreto não poderá se afastar, nem frustrar, nem tergiversar com o princípio fundamental que lhe impõe assegurar a igualdade – de maneira efetiva e não*

---

[256] Joaquim Barbosa Gomes. Idem. ibidem. p. 7.

[257] Nesse sentido: Anderson Peixoto de Faria. O acesso à Justiça e as ações afirmativas. In___ Raphael Augusto S. de Queiroz (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 17.

*formal – com o objetivo de erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária."*[258]

Também se integra na atividade judicante, portanto, a prática do princípio da igualdade, no qual ancoram-se as ações afirmativas.

### 3.6.1 Ação Afirmativa como direito fundamental

A Constituição brasileira é pródiga em dispositivos que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas por parte do Estado e de particulares, mas que criam verdadeiro mandamento de sua implementação sob pena de inconstitucionalidade por omissão. A adoção do princípio da igualdade material, a par do prestígio da igualdade formal cristalizada na fórmula do art. 5º, inc. I, não poderia ser mais explícita.

Logo no seu o art. 3º, que define os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, trata da redução das desigualdades sociais (inciso III) e regionais como a erradicação da pobreza e marginalização, de um lado, e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de outro (inciso IV). Também o art. 170, reforça, uma vez mais, o objetivo de erradicação da desigualdade já manifestado nos objetivos da República no seu inciso VII.

Enfim, a própria topologia do princípio da igualdade, que encabeça o rol dos direitos fundamentais, corrobora aquela que foi, senão a maior, pelo menos a mais enfática preocupação do constituinte brasileiro: a promoção da igualdade, seja por meio da punição exemplar do racismo, com tratamento severo processual, cominando-lhe a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de fiança, seja por meio do favorecimento de grupos excluídos das posições de decisão.

Com efeito, o intérprete precipitado poderia, em uma linha reducionista, argumentar que, quando a Constituição instituiu as ações afirmativas, fê-lo taxativamente. Crê-se que tal argumento é uma camisa-de-força que não cabe no art. 3º da Constituição, não se harmoniza com o art. 170, nem com o controle de constitucionalidade por omissão delineado pioneiramente em 1988 por meio de

---

[258] José Renato Nalini. *O Juiz e o acesso à justiça.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 22.

instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, não se compatibiliza com a técnica de limitação dos direitos fundamentais adotada pela Constituição Brasileira no art. 5 º, II, nem com a hermenêutica de princípios e a lógica da ponderação. Não se coaduna, por fim, com qualquer teoria que enxergue o direito como fenômeno interpretativo, no sentido que Ronald Dworkin[259] dá à expressão.

[259] Ronald Dworkin. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492. No fim da obra, formula o filósofo do direito o seu conceito de direito. "É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no sentido mais amplo. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância."

# 4
# O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS METAINDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS

A direito ao acesso à justiça, notoriamente, pode ser exercido de forma individual ou coletiva. Neste trabalho, para manter coerência com a proposta inicial, será abordado com enfoque na coletividade, *lato sensu*, assim, justifica-se o estudo dos denominados "direitos metaindividuais".

## 4.1 Conceitos iniciais

É inegável a natureza gregária do homem, razão pela qual os direitos individuais, por uma série de fatores, aproximam-se de outros de igual dimensão, fazendo com que mais eficazmente sejam exercidos em conjunto, ou de forma coletiva, metaindividual se for esta a melhor terminologia.

Kazuo Watanabe[260] ao comentar a questão acerca da nomenclatura utilizada no estudo das demandas coletivas – interesses ou direitos –, faz expressa menção ao transcrito art. 81 do CDC[261] aduzindo que:

> *"Os termos 'interesses' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo status de 'direitos', desaparece*

[260] In___ Ada Pelegrini Grinover et al, Op. cit. *Código brasileiro de defesa...* p. 623.

[261] Art. 81. *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

*qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles."*

Nesse ponto, será adotada a expressão "direitos metaindividuais" distinto de "interesses metaindividuais" (esses serão estudados no capítulo do processo coletivo como condição da ação e a possibilidade de substituição processual pela sociedade civil organizada). Como a doutrina, em sua maioria, não faz distinção entre direito e interesse, as citações, por questão lógica, serão literais, mas que se ajustem nessa delimitação para fins de organização deste trabalho.

Esclarecida essa questão, passa-se ao estudo propriamente dito.

Os direitos metaindividuais, assim chamados para diferenciar dos direitos individuais de cunho "egoístico", ultrapassam a órbita da atuação individual para projetarem-se na ordem coletiva com finalidade notadamente altruística.

Outra contradição terminológica se dá entre "difuso" e "coletivo".

Para clarear esta questão terminológica, mister se faz comparar os dois termos, mas mostrar que os direitos são distintos e não se confundem.

Celso Ribeiro Bastos[262] põe em relevo o fato de que os direitos coletivos *"(...) dizem respeito ao homem socialmente vinculado"*, havendo, portanto, um vínculo jurídico básico, ao passo que os direitos difusos se baseiam numa identidade de situações de fato, sujeitando-se a lesões de natureza extensiva, disseminada ou difusa.

José Carlos Barbosa Moreira[263] também prefere distinguir ambas as expressões, em que pese a relativa imprecisão do conceito. De acordo com o autor, a expressão "interesses difusos" (leia-se "direitos difusos") não adquiriu até agora um sentido preciso na linguagem jurídica, sugerindo duas notas essenciais ao conceito de direito difuso; uma pertinente ao sujeito e outra ao objeto. No que tange ao sujeito, o interesse não pertence a pessoa determinada ou a grupo nitidamente delimitado. Eis aqui o ponto, ao ver do processualista que:

*"(...) a titularidade do interesse encontrar-se-ia em um grupo cujos membros seriam de difícil ou impossível determinação. Ademais, isto é de se sublinhar, inexistiria necessariamente um vínculo jurídico entre estes componentes do grupo, ao contrário do que ocorre,* v. g., *com uma sociedade anônima. Do ângulo do objeto, o interesse refere-se a um bem individual, de tal sorte que a satisfação de um elemento do grupo implicaria a satisfação dos demais".*

---

[262] *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 82.

[263] Op. cit. *A legitmação...* p. 183-184.

Rodolfo de Carmargo Mancuso aponta ainda duas razões para tal distinção:

*"(...)(a) conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero 'interesses meta (ou super) individuais', tudo indica que entre eles existam pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: do primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior ao do interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude pelo fato de estar adstrito a uma 'relação-base', a um 'vínculo jurídico', o que o leva a aglutinar-se junto a grupos sociais definidos; pelo segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano; (b) utilizar indistintamente essas duas expressões conduz a resultados negativos, seja porque não contribui para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão, seja porque estão em estágios diferentes de elaboração jurídica: os interesses coletivos já estão bastante burilados pela doutrina e jurisprudência; se eles ainda suscitam problemas, como o da legitimação para agir, a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo, ao passo que os interesses difusos não contam, propriamente, com mais de uma década de elaboração jurídica específica, continuando em certo modo uma figura misteriosa. Daí ser útil e conveniente a tentativa de distinção entre esses dois interesses.* [264]

O mesmo autor chega a afirmar que;

*"(...) se colocássemos os interesses em uma escala, os interesses difusos estariam acima dos interesses públicos ou gerais, porque, enquanto são inerentes a estes certos valores pacificamente aceitos (por exemplo: segurança pública), os interesses difusos, ao contrário, permitem toda sorte de posicionamento, de conteúdo fluido (por exemplo, qualidade de vida), e continua "(...) enquanto o interesse geral ou público concerne primordialmente ao cidadão, ao Estado ao Direito, os interesses difusos se reportam ao homem, à nação, ao justo".* [265]

Anota-se que o primeiro passo para a revelação desses direitos difusos deu-se com o advento da Revolução Industrial e a conseqüente constatação de que os valores tradicionais, individuais, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade "de massa".

Ora, nessa sociedade de massa, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade; não há mais a preocupação somente com situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais normatizados, ou seja,

---

[264] Rodolfo de Camargo Mancuso. Op. cit. *Interesses difusos...* p. 73-74.
[265] Idem, ibidem. p. 74.

> *"(...) com a sociedade de massa, é necessária outra perspectiva, que encara situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuindo o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres."*.[266]

A ambigüidade entre direitos difusos e direitos coletivos começa já na acepção vernacular dos termos, vez que ambos sugerem a idéia do que é extenso, aplicável a muitas pessoas ou coisas.

Tal sinonímia é reforçada pelo uso dessas expressões, indistintamente, como a significar uma e mesma coisa. No entanto, o próprio direito positivo consagrou a distinção: tanto a Constituição Federal (art. 129, III) como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n° 7.347/85, art. 1º, IV – com a redação dada pela Lei n° 8.078/90, art. 110) referem-se a interesses difusos e coletivos. Ora, assim não procederia ao legislador se considerasse sinônima tais expressões.

Sem embargo de opiniões contrárias, pode-se conceituar, (sem esgotar o tema) os direitos coletivos como aqueles que concernem a uma realidade coletiva (*v. g.*, profissão, a categoria, a família), ou seja, aqueles que se relacionam com o exercício coletivo de interesses coletivos, e não simplesmente aqueles interesses que apenas são coletivos na *forma*, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais.

Parte da doutrina classifica como sinônimos os termos *coletivo* e *difuso*[267], exatamente por influência do denominador comum – "direitos metaindividuais".

Tais conjuntos de pessoas dificilmente possuem o que o Código de Defesa do Consumidor chama de "relação jurídica base" (art. 81, parágrafo único, II), estando vinculadas pelo simples fato de possuírem características comuns. Suas demandas não são individualizáveis e as obrigações estatais decorrentes das normas constitucionais ou dos tratados internacionais são indivisíveis, isto é, não podem, em

---

[266] Luiz Fernando Belinetti. *Ações coletivas* – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125.

[267] "Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil – por se referirem a situações em diversos aspectos análogos – tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada, mas determinável de pessoas. Funda-se também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico de interesses coletivos ausente nos interesses difusos". (Edis Milarè, *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 27-28.)

regra, ser realizadas tendo em vista uma pessoa determinada. Aliás, é a desigualdade material que constitui o dado central identificador do grupo social (que não necessariamente corresponde à realidade de cada um dos seus membros), em razão do que as providências eventualmente adotadas o são em vista da situação do grupo e não do indivíduo, muitas vezes não identificável.

Por fim, percebe-se a correspondência entre a constante mutabilidade de conteúdo dos interesses difusos e a inerência, típica dos direitos humanos contemporâneos. Ocorre que a alteração das situações de fato, ao longo do tempo, conduz ao surgimento de novas pretensões pelos grupos sociais, ou à modificação, ou mesmo extinção, das já existentes. É o que garante a eterna atualização dos interesses transindividuais.

Da mesma forma, o reconhecimento de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano cria a possibilidade de surgimento de novos direitos, à medida que as condições sociais se alteram. Fica então visível a concepção comum a ambas teorias, de encontrar nos seres humanos a fonte dos interesses e direitos humanos, sendo necessário frisar neste ponto que os últimos, ainda que positivados, jamais se desconectaram do jusnaturalismo, ora matizado pelas transformações históricas, mas sempre remanescendo como o repositório último de legitimidade das normas erigidas ou reconhecidas pelos Estados.

## 4.2 Direitos metaindividuais: traços característicos

O surgimento da teoria dos direitos metaindividuais advém da preocupação com a "questão social", decorrente do surgimento da "sociedade de massa", em que a maioria das relações econômicas e políticas é marcada pelo desaparecimento da individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes.

Não se pode negar que essa classe de direitos sempre existiu. No entanto, só a partir do meio do século XX [268] esse tema vem sendo elaborado de forma autônoma e sistemática.

---

[268] "O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker, anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios

Nesse sentido, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth[269]

*"(...) a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (...), sendo que a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se difundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos".*

Decorre que as relações jurídicas massificadas têm como um dos pólos seres humanos agregados numa mesma categoria, grupo ou classe social, pouco importando os traços que distinguem cada indivíduo, do que decorre a inadequação da fórmula processual individualista, segundo a qual o sujeito de direitos é o titular da relação jurídica material.

Além da indeterminação dos sujeitos, os direitos metaindividuais, que no Código de Defesa do Consumidor – CDC, denomina-se transindividuais, se distinguem pela peculiaridade do objeto, que desde logo não se confunde plenamente com o interesse público, o "bem comum" cujo titular é o Estado.[270]

Por fim, caracterizam os direitos metaindividuais a chamada "litigiosidade intensa", determinada pela eventual existência de diversos valores em conflito, defendida por grupos sociais diversos e mesmo por indivíduos, decorrendo que o atendimento de um pleito pode atingir o interesse de outro grupo.[271]

Pelo exposto, nota-se que com a mudança dos paradigmas existentes no Estado liberal, no tocante ao acesso à justiça, de caráter individual para o coletivo,

---

de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo (...). Nesse sentido, de um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das class actions da common law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente". (Ada Pelegrini Grinover. op. cit. *Da class...* p. 9).

[269] Op. cit. p. 489-450

[270] Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 130.

[271] Idem. p. 136.

muitos direitos fundamentais individuais se adaptaram à realidade e se transformaram em direitos fundamentais coletivos ou metaindividuais.

Para os direitos fundamentais, este novo vetor significou o ingresso, no rol de atribuições do Estado, do dever de interferir na sociedade, a fim de prover os recém estabelecidos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja titularidade é coletiva na medida em que as prestações demandadas destinam-se a reparar a situação de iniqüidade de todo um grupo de pessoas, ainda que seja possível a cada uma delas usufruir individualmente das facilidades instituídas.

Assim, a preocupação com a desigualdade substancial eclode o conceito de direito subjetivo, pois as novas relações jurídicas não mais se aplicam o clássico modelo para o qual o titular do direito material é o legitimado a requerer seu cumprimento.[272]

Diferentemente da violação das liberdades civis, em que se destaca a relação entre o indivíduo e o Estado, no caso dos direitos metaindividuais a indevida omissão estatal atinge o grupo desfavorecido como um todo, pois as pessoas que o integram somente possuem alguma demanda como resultante de sua inclusão naquele universo.

Aqui é importante assinalar que a relação entre Estado e sociedade, quanto à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, não é unívoca, isto é, não há um único interesse público envolvido, mas uma grande contradição entre os interesses dos diversos grupos sociais e destes com os interesses individuais.[273]

Daí que não pode ser aceita a asserção de que os direitos fundamentais sociais constituem uma categoria diversa dos direitos difusos e coletivos, como se fossem uma mera ampliação da dualidade Estado-indivíduo, própria dos direitos civis e políticos, esta sim de outra natureza.[274]

Igualmente, aqui podem ser vislumbrados os direitos econômicos, sociais e culturais, cujas demandas possuem, ao lado do sentido individual – como condição de exercício dos direitos civis e políticos, no que se afastam dos interesses difusos e coletivos – o de garantir a segmentos vulneráveis prestações que reduzam ou eliminem situações de desigualdade na sociedade.

---

[272] José Carlos Barbosa Moreira. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.* p. 102.

[273] Idem, ibidem. p. 105.

[274] Humberto Dalla Bernardina Pinho. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 78.

As formas de democracia participativa, porém, ampliam essa possibilidade, ao permitir que o próprio processo legislativo sofra a influência dos grupos interessados, que passam de meros pacientes a atores no cenário estatal, capacitados tanto a criar as normas que positivem seus interesses, como a demandar seu cumprimento, mesmo judicialmente. Realça, portanto, uma nova conformação dos chamados "corpos intermediários" [275], como maneira de o cidadão fazer valer seus interesses, que a rigor não se individualizam, mas comungam com os de outras pessoas que integram um grupo social, pelo mais variado motivo de fato ou de direito.

Nada mais são que as conhecidas "organizações não-governamentais" ONGs, verdadeiras associações de pessoas reunidas para demandar prestações estatais na proteção de interesses e, em alguns casos, participar da tomada das decisões e na implantação da política pública.

Em conseqüência do intenso debate doutrinário, o já citado art. 81 do CDC, consagrou na legislação brasileira a existência dos direitos metaindividuais, com a peculiaridade da norma estabelecer e caracterizar suas três modalidades, a seguir descritas.

### 4.2.1 Direitos fundamentais difusos

O CDC traz no seu art. 81, inc. I, a idéia do que sejam direitos difusos, veja-se:

*"Art. 81. .....*

*I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato."*

Portanto, uma primeira nota do conceito de direitos difusos é a de que eles não dizem respeito a uma só pessoa, senão que atinam com mais de uma (número indeterminado), pelo que se pode chamar de metaindividuais, pertencendo a um grupo ou comunidade composta por pessoas indeterminadas ou indetermináveis.

As pessoas, titulares desses direitos, estarão ligadas por circunstâncias de fato, o que não quer dizer que estejam submetidas às mesmas circunstâncias, senão que hão de estar sujeitas a circunstâncias equivalentes.

---

[275] Entende-se que esses corpos intermediários podem ser, entre outros, as organizações não governamentais –

As notas essenciais que se podem retirar do conceito legal são: número indeterminado (e indeterminável) de pessoas, que não se interligam por relação jurídica, mas por circunstâncias fáticas (aspecto subjetivo) e indivisibilidade do bem jurídico em litígio (aspecto objetivo).

Exemplo de violação a direito difuso consiste, *v. g.*, na veiculação de propaganda enganosa via televisão ou jornal. Atinge-se um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato (estarem assistindo à propaganda via televisão ou lendo o mesmo jornal). O bem jurídico tutelado, doutra parte, é indivisível: basta uma única veiculação da propaganda para que todos consumidores sintam-se ofendidos. E, ademais, a retirada da propaganda da televisão ou do jornal, por ser enganosa, acaba por beneficiar todos os consumidores.

O direito a respirar ar puro é outro exemplo tradicional de direito difuso.[276] Veja-se que subjetivamente não é possível individualizar o titular do direito. A característica primordial dos assim ditos direitos difusos é a de que os mesmos não são fracionáveis individualmente, vale dizer, a fruição por um dos possíveis titulares implica, necessariamente, a fruição de todos.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo,[277] com pertinência, escreve:

> *"(...) há algumas normas que assumem claramente a característica ou natureza de direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Assim, o princípio de que todos são iguais perante a lei; o uso da propriedade; a higiene e segurança no trabalho; a educação, incentivo à pesquisa e ao ensino científico (...)".*

Tendo em vista a definição contida no inciso I art. 81 do CDC, surgem como direitos fundamentais difusos, em primeiro lugar, aqueles decorrentes dos tratados

---

ONGs, que será melhor estudada em capítulo especial, adiante.

[276] Outro exemplo refere-se à carne contaminada (RESP n. 8.714-RS): EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CARNE IMPORTADA. SUSPEITA DE CONTAMINAÇÃO RADIOATIVA EM RAZÃO DO ACIDENTE DE CHERNOBYL. RECUSA À PROPOSTA DE ACORDO, COM JULGAMENTO DE MÉRITO PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL, EM GRAU DE EMBARGOS INFRINGENTES. FORMALIZAÇÃO DE NOVO ACORDO NA FASE DO RECURSO ESPECIAL. HOMOLOGAÇÃO, ELIMINANDO O OBJETO DO RECURSO PENDENTE. Estando a solução da lide submetida à última instância, em matéria infraconstitucional, nada impede que o novo acordo seja aqui examinado. Afasta-se a tese sobre a disponibilidade do direito material em ação civil pública, no caso concreto — já que o bem tutelado integra a classe dos chamados direitos difusos — uma vez que, julgado o mérito, a carne importada fora considerada prestável ao consumo humano. Sendo o âmago da questão a proteção aos interesses de todos e inexistente qualquer nocividade do produto, protegida está a sociedade, reputando-se perfeitamente viável a transação e julgando-se extinto o procedimento recursal (Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 4, n. 29, p. 405-412, jan. 1992).

[277] *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 94.

referentes aos direitos globais, sempre que for possível identificar com clareza as medidas requeridas.

Também podem ser enquadradas muitas das prescrições relacionadas aos âmbitos econômico, social e cultural. A rigor, seguindo a terminologia legal, a titularidade de parte dos direitos de tal natureza não é coletiva, mas difusa, pois o grupo social que a detém não é plenamente identificável e seus membros estão ligados por circunstâncias de fato.

Tome-se, como exemplo, o art. 12 - 2, *c*, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe sobre a adoção pelos Estados das *"medidas que se façam necessárias para assegurar (...) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças"*. Verifica-se que não há possibilidade de determinação do grupo de interessados, tanto porque não se tem como identificar os doentes existentes ou potenciais, pois são diversas as moléstias que se enquadram na descrição da norma.

Soma-se a isso a circunstância de que as prestações estatais requeridas para alcançar o fim indicado são múltiplas e indivisíveis, em regra não podendo ser particularizadas em face da cada uma das pessoas beneficiadas, o que nada tem a ver, vale repetir, com o gozo individual do serviço oferecido, como no caso verídico do fornecimento de medicamentos de combate a AIDS, ordenado judicialmente. Para cumpri-la, o Estado foi obrigado a tomar medidas destinadas a todo o grupo beneficiado (importação de um lote de medicamentos, criação de um serviço de distribuição e controle etc.), mas cada portador do vírus pode se beneficiar particularizadamente.

Retomando o que já foi assinalado anteriormente, a interdependência própria dos direitos fundamentais contemporâneos indica que mesmo direitos de origem liberal atualmente requerem ações estatais para que se tornem efetivos, como no caso do artigo 9º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, concernente aos direitos da pessoa privada de liberdade, cujo inciso IV diz, *in verbis*:

> *"Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal."*.

Como resta evidente, o recurso ao tribunal pressupõe a institucionalização das garantias respectivas, cujo interesse não é somente do preso, mas de toda a sociedade. Considerando que o exercício de liberdades fundamentais está condicionado à criação de condições objetivas e subjetivas, nem sempre previstas em direitos econômicos, sociais e culturais, é possível concluir que o sistema de normas criado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos permite ao intérprete a identificação de diversos novos interesses e direitos, eventualmente demandáveis pela via judicial.

### 4.2.2 Direitos fundamentais coletivos

Tratado dos direitos fundamentais difusos, outro tópico interessante de se estudar são os direitos fundamentais coletivos, veja-se.

Trata-se de direitos que não dizem respeito a uma só pessoa, indivisíveis, mas há entre elas um laço jurídico e não meramente fático, como na hipótese anterior, conforme define o art. 81, II, do CDC. Conquanto sejam direitos metaindividuais e indivisíveis, as pessoas titulares desses direitos, nesta hipótese, são determináveis.

Tal é o caso, figurado como exemplo por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery,[278] do direito dos alunos de uma escola de ter assegurada determinada qualidade de ensino. As pessoas são determináveis, têm uma relação jurídica com a parte contrária (que é a escola), e o bem jurídico (qualidade de ensino) é indivisível, na acepção de que não é mensurável individualmente.

O CDC delimita o universo possível dessas pessoas, ou seja, devem pertencer a um mesmo grupo, categoria ou classe, havendo, assim, uma coletividade perceptível por vínculos, não havendo desordenamento ou profusão na titularidade. Não se permite a identificação dos titulares pela individualidade, mas pelo grupo ou coletividade, mantendo-se a indivisibilidade do direito.

Em vista da classificação legal antes aludida, os direitos humanos coletivos têm como traço fundamental o vínculo jurídico entre as pessoas que compõem o

---

[278] *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.394.

grupo, categoria ou classe social, entre si ou perante a parte oposta. Não se confundem com a soma dos interesses individuais, mas são a expressão de um interesse coletivo com natureza própria, dada pela proximidade entre os membros do grupo social e de sua mínima organização.

Resulta que um primeiro foco desses direitos decorre das relações trabalhistas, em que efetivamente pode ser vislumbrado um universo definido de pessoas, sendo expressiva a utilização das palavras "classe" e "categoria" pelo inciso II do art. 81 do CDC. Tanto assim é que cada vez mais os conflitos são resolvidos por acordos gerais. Estes, por sua vez, observam uma expansão no seu conteúdo para abarcar, além das condições de trabalho, a cooperação entre patrões e empregados para melhorar a gestão e a produtividade das empresas, como condição de sobrevivência de ambos.

Em vista dos direitos fundamentais de natureza política, os partidos mostram-se centros de aglutinação de interesses coletivos, como no caso da liberdade de sua existência e de participação no processo eleitoral. [279] E o interesse partidário não se mistura com o de seus membros ou de seus eleitores, merecendo caracterização e proteção próprias.

### 4.2.3 Direitos fundamentais individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos têm caráter predominantemente individualizado, são perfeitamente divisíveis entre os titulares, há ordenamento da relação de titularidade com o bem da vida violado ou disputado, e este também, por sua vez, é perfeitamente distribuído e individualizado entre os titulares que, no entanto, podem postular a proteção jurisdicional coletivamente, em face da origem comum do direito afirmado.[280] São aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, III, do CDC).

---

[279] Idem, p. 75.

[280] No sentido da necessidade de presença de relevância ou interesse social a legitimar o Ministério Público para a propositura de ação visando à tutela de direitos individuais homogêneos, decidiu o Tribunal de Justiça/SP: ILEGITIMIDADE DE PARTE – Ativa. Ocorrência. Ação civil pública. Propositura pelo Ministério Público. Interesses e direitos individuais homogêneos. Relevância ou interesse social não evidenciado. Carência da ação. Processo extinto, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Recurso provido. Visando a tutela jurídica interesses ou direitos de membros de um grupo, portanto, sem o caráter da indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da

Por exemplo, o direito à troca de determinada peça defeituosa de dado automóvel, que diz respeito a todos aqueles que tenham adquirido o carro. Ao contrário dos dois anteriores, justamente porque são direitos individuais, não aparece o traço da indivisibilidade (salvo em relação à causa de pedir e fundamento do *decisum*), que surge no caso dos direitos difusos e coletivos.[281]

Ou, por outras palavras, conquanto se tratem de direitos individuais, e, pois, mensurável individualmente, podem ser tratados de forma coletiva, porque a lei assim o permite.

Neste campo situam-se especialmente os direitos civis e políticos que, embora, em essência, individuais, possuem possibilidade de exercício coletivo. Pode-se dizer como exemplo os direitos de associação e o direito ao acesso à justiça, este último, como forma, na maioria das vezes, de requerer o direito de ação na defesa dos demais direitos metaindividuais.

Também podem ser aqui classificados os direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que de suas previsões decorrerem direitos individualmente exercitáveis, tendo em vista sua caracterização como "direitos-meio" de que é titular o indivíduo, igualmente detentor de liberdades civis cuja materialização pode depender da criação das condições materiais pelo Estado.

---

dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que preordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal. (Apelação Cível n. 264.428-2. São Paulo. 5ª Câmara Civil de Férias. Relator: Ruiter Oliva. 15/08/95. v.u.) No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (RESP n. 57.465-0-PR): EMENTA: Processual Civil. Ação civil pública visando a impedir o aumento de imposto predial. Ilegitimidade do Ministério Público. A Lei n. 7.347/85 disciplina o procedimento da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor (meio ambiente etc.), incluindo, sob a sua égide, os interesses e direitos individuais homogêneos. A lei de regência, todavia, somente tutela os "direitos individuais homogêneos", através da ação coletiva de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte do IPTU, que não se equipara ao consumidor, na expressão da legislação pertinente, desde que nem adquire nem utiliza produto ou serviço como destinatário final e não intervem, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo. In casu, ainda que se trate de tributo (IPTU) que alcança considerável número de pessoas, inexiste a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlavar a legitimação do Ministério Público. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante. (Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 8, n. 78, p. 106-110, fev. 1996).

[281] Outro exemplo: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Legitimidade ad causam – Ministério Público – Propositura em defesa de interesses de adquirentes de unidades em conjunto habitacional, ameaçadas de ruína – Risco à integridade física dos moradores – Interesses individuais indisponíveis, ou de transcendente importância social. Caracterização. Preliminar de ilegitimidade rejeitada. Decisão mantida. Inteligência do artigo 81, parágrafo único, III, e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor; 127, caput, e 5º, caput, da Constituição Federal. O Ministério Público tem legitimação extraordinária para propositura de ação coletiva, em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando sejam estes indisponíveis, ou, sendo embora disponíveis, expressem valores jurídicos de transcendente importância social, como os de adquirentes de unidade de conjunto habitacional, cujos vícios de construção lhes ameaçam a todos a integridade física. (Tribunal de Justiça/SP, Agravo de Instrumento n. 261.450-1. Leme. 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Cezar Peluso. 23/04/96. v.u.).

# PARTE II

# A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E O ACESSO À JUSTIÇA

# 1
# NOVA POSSIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Em nosso país, a promoção da cidadania e o acesso à justiça ainda são dependentes do poder do Estado em implementar políticas públicas, assegurando a todos os brasileiros o exercício de seus direitos, principalmente ao acesso à justiça. Mas o sentido de cidadania começa a mudar. Os indivíduos estão se unindo, criando associações de bairros, de amigos etc.

Percebe-se, claramente, que a relação vetusta de submissão total do indivíduo para com o Estado está alterada, bem como, a despreocupação com a coisa pública, antes relegada aos "políticos profissionais", hoje, faz parte de currículos escolares de algumas escolas (particulares) do ensino médio.

Vislumbra-se, pelo noticiário diário, a notória mudança da percepção do conceito de interesse público e, mais importante, do seu respeito e aceitação.

Assim, há uma sensação de necessidade da criação de algo entre o "setor privado" das empresas, e o "setor público", do governo, de um setor social autônomo A sociedade necessita de um "terceiro setor", além dos dois geralmente reconhecidos, o terceiro setor pode e deve ser um ator ativo na promoção do acesso à justiça, cada dia cresce mais na consciência dos indivíduos.

Os motivos dessa mudança, dirão alguns, é a globalização; que seja, mas que venha para melhor.

## 1.1 Uma abordagem sociológica

Segundo o sociólogo Octavio Ianni,[282] entre as instâncias do pensamento político que sofrem impacto direto da globalização estão nada menos do que "(...) *sociedade civil, Estado, partido político, sindicato, movimento social, opinião pública, povo, classe social, cidadania*". Por outro lado, o resultado desse impacto não é uniforme de um país para outro. Há sociedades que resistem mais e outras menos, por motivos que variam da força da sua economia à coesão cultural de seu povo.

Organizações multilaterais, como o FMI e o Banco Mundial, parece que passaram a impor novas formas de conduzir as políticas públicas em campos tão diversos como os transportes, a saúde, a educação e o meio ambiente, conforme amplamente divulgado pela impressa. À medida que cresceram as interferências externas, nota-se que diminuiu a importância das chamadas forças institucionais internas, que perdem muito da sua capacidade de pressão sobre o Estado.[283]

A idéia de uma "sociedade civil" organizada em entidades, mais ou menos autônomas, surge exatamente dessa lacuna no poder institucional: a crise de um Estado que é fraco para definir o rumo de uma nação e de seu povo também é, por identidade, a crise da representatividade pela qual o poder estatal se define.

Quando o poder central revela-se inacessível aos interesses da população, e a política deixa de ser o caminho para o exercício dos direitos, a tendência é surgirem novas formas de organização, que vão constituir o que se entende por "sociedade civil". Neste sentido, integram o terceiro setor parte das entidades nas quais se organizam os membros da sociedade civil.[284]

---

[282] *A sociedade global*. 10ª. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 3.

[283] Conforme Aurélio Buarque de Holanda Ferreira em seu dicionário, p. 292, a definição de Estado significa: Nação politicamente organizada. Organismo político administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado é dirigido por governo próprio e se constitui pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida. Apesar de ser uma referência escrita com mais de vinte anos, ela denota claramente e objetivamente o conceito que o Estado é formado por Instituições políticas distintas surgiram em muitos contextos históricos diferentes e por muitas razões, tais como: as necessidades da guerra e das campanhas militares, a migração e a conquista em massa, o aumento do tamanho e da diversidade da população, novos problemas que exigiam uma ação organizada da sociedade. O Estado toma forma à medida que grupos e indivíduos dentro da sociedade entendiam ser de seu interesse centralizar a autoridade, estabelecer métodos para solucionar disputas e empregar a força para manter a conformidade a algumas normas sociais.

[284] Para Jurgem Habermas *(Direito e democracia:* entre facilidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 99), *"(...) a sociedade civil compõem-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas".*

## 1.2 Cidadania

Segundo o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[285],

*"(...) cidadania é a qualidade ou estado do cidadão", entende-se por cidadão "o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um estado, ou no desempenho de seus deveres para com este".*

Cabe esclarecer que o acesso à justiça é um direito fundamental que garante ao individuo, entre outras coisas, o respeito como cidadão, aliás, respeito este uma obrigação pelo Estado, conforme dispõe nossa carta política em seu art. 1°, inc. II determina a "cidadania" como um dos fundamentos formadores do Brasil, bem como, no art. 5°, inc. LXXVII impõe a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, regulamentado pela lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.

Quando se fala em cidadania, logo se pensa exclusivamente na cidadania civil e política, ao direito ao voto. E existe um certo consenso coletivo de ser entendido a cidadania apenas como o direito a voto, e que qualquer outra forma de participação política[286] é excluída, ou, pelo menos, desencorajada.[287]

No entanto, o conceito de cidadania se transforma e não é mais exclusivamente o simples exercício do voto que o define e resume, mas também a luta por um meio ambiente saudável, pela garantia de emprego, por segurança, por direitos de minorias, por educação e saúde de qualidade, por remuneração adequada de aposentados, por lazer, por um ambiente sadio eticamente e a preocupação com o fenômeno da corrupção e da droga.[288]

Os indivíduos podem votar e pagar impostos; contudo, sem cidadania o Estado fica vazio. Sem cidadania, não pode existir o compromisso responsável que cria o cidadão e que consolida o Estado.

Sem cidadania, a unidade política não pode ser outra coisa senão poder. O Estado necessita de um "terceiro setor", além dos dois geralmente reconhecidos, o "setor privado" das empresas, e o "setor público", do governo, ou seja, necessita de um setor social autônomo. Cidadania significa fazer diferença na sua comunidade,

---

[285] *Minidicionário da língua portuguesa*. 4ª. ed. (revista e atual.). São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2002. p. 153.

[286] A palavra "política"ainda é interpretada como "politicagem"e não na sua acepção de interesse pela coisa pública.

[287] Nilda T. Ferreira. *Cidadania: uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 125.

[288] Fernando Henrique Cardoso. *Alguns aspectos da questão da democracia nos dias de hoje*: Disponível em <http://www.temasinternacionais.hpg.com.br/docs/democracia_hoje.doc>. Acesso em: 29 março 2003. *passim*.

na sua sociedade, no seu país. Cidadania significa a disposição para viver, ao invés de morrer, pelo seu país.[289]

Todos desejamos uma sociedade democrática. A Democracia não se constrói no vazio, nem de cima para baixo. Uma sociedade só atinge uma verdadeira democracia quando seus cidadãos têm consciência de seus direitos e deveres.

A noção de "Direito" no Brasil sempre foi vaga e imprecisa, como um privilégio da classe dominante em relação à grande maioria da população.

Direitos foram sempre entendidos como "privilégios" para alguns e como concessão para outros, mas nunca como decorrentes da universalidade dos direitos humanos (fundamentais) e da crença na dignidade intrínseca de todos e de cada um.

Para aqueles que mais carecem dos direitos elementares, a idéia de "direitos" permanece muitas vezes associadas à suposta "bondade dos governantes" ou à fatalidade de uma condição social.

Dificilmente pensa-se em direitos como exigência em uma sociedade livre e justa e, menos ainda, em "direitos" como conquista.

Para mudar o *status quo,* o caminho mais premente é a atuação conscientizadora, preventiva e transformadora das pessoas. Os resultados se farão sentir a médio e longo prazo, mas, certamente, serão eficazes e profundos.

Entende-se imprescindível, para uma cidadania participante, o conhecimento e o exercício dos direitos individuais e coletivos, bem como dos seus deveres.

As Organizações Não governamentais – ONGs, (forma mais recente de "sociedade civil organizada"). lamentavelmente, muitas vezes desconhecem os instrumentos legais existentes em matéria de defesa dos Direitos Fundamentais (entre eles os documentos da ONU, assim como os inúmeros tratados que foram assinados e ratificados pelo governo brasileiro).

Acredita-se que se as ONGs, verdadeiras representantes do chamado "terceiro setor", promoverem a divulgação e incentivarem o conhecimento da legislação brasileira relativa à Defesa dos Direitos Fundamentais e dos documentos internacionais, poderão prestar inestimável ajuda na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática.

---

[289] Peter Ferdinand Drucker. *Administração de organizações sem fins lucrativos*. São Paulo: Pioneira, 2001. p. 78-110.

# 2

# TERCEIRO SETOR

O Terceiro Setor é um tema ainda muito recente, que há pouco tempo está sendo estudado com maior profundidade e complexidade. Portanto, não são abundantes as referências bibliográficas. Mas, para esse estudo, reservamos a Parte IV para analisar, na prática, a atuação de algumas ONGs na defesa de interesses coletivos; afinal, está é uma das propostas deste trabalho.

Deve-se salientar que a intervenção religiosa na história do terceiro setor é de vital importância. As religiões ligadas às doutrinas cristãs e judaicas, que pregam de forma muito contundente a ajuda ao próximo, boas ações, caridade com o desprivilegiado, gerando o assistencialismo ao necessitado, trabalhando onde o Estado não interagia de forma completa e eficaz.

A partir do início dos anos 90, surgiu o termo "terceiro setor". Este setor diferencia-se do "setor privado" e do "setor público". É composto de organizações cujos objetivos principais são sociais, em vez de econômicos. Essas organizações são orientadas por valores, ou seja, são criadas e mantidas por pessoas que acreditam que mudanças são necessárias para a evolução do meio em que vivem.[290]

Atualmente, multiplicam-se as iniciativas privadas com fins públicos. A voz dos mais variados grupos sociais se faz ouvir no espaço público no qual cidadãos se

[290] Mike Hudson. *Administrando organizações do terceiro setor:* o desafio de administrar sem receita. São Paulo: Makron Books, 1999. passim.

mobilizam para cobrar ações do Estado e tomar iniciativas por si mesmos. Essas mobilizações determinam uma nova experiência de democracia no cotidiano, um novo padrão de atuação aos governos e novas formas de parceria entre Sociedade Civil, Estado e Mercado.[291]

No Brasil, como em toda parte, um Terceiro Setor não governamental e não lucrativo coexiste hoje com o Estado (Primeiro Setor)[292] e com o Mercado (Segundo Setor)[293], mobilizando um volume crescente de recursos e energias para iniciativas de desenvolvimento social.[294]

O termo "terceiro setor" vem sendo denominado para designar o conjunto de iniciativas provenientes da sociedade, voltadas, segundo aponta Rubem César Fernandes[295], à produção de bens públicos, como, por exemplo, a conscientização para os direitos da cidadania, a prevenção de doenças transmissíveis ou a organização de ligas esportivas.

Conforme Reinaldo Antonio Carcanholo[296] a capacidade de articulação da sociedade civil é vista como instância capaz de se contrapor ao movimento de contração produtiva operada nos outros dois setores, minimizando seus impactos sobre a esfera do trabalho não só pela capacidade de intervenção no jogo político, mas, sobretudo pela organização e implementação de ações no âmbito público não-estatal.

Por ora, vamos nos ater a uma definição mais genérica: compreendem o terceiro setor todas as entidades que não fazem parte da máquina estatal, não

---

[291] COMUNIDADE SOLIDÁRIA. Marco Legal do Terceiro Setor. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.comunidadesolidaria.org.br/textos/publicacoes> Acesso em: 25 ago. 2002.

[292] Setor público é o Estado-Nação das organizações políticas atuais. Em qualquer sociedade, seja qual for sua configuração política, este setor realiza funções econômicas de fundamental importância, atuando como empresário e oferecendo certos bens. Os bens públicos, ou seja, bens proporcionados a todas as pessoas a um custo que não é maior que o necessário para fornecimento a uma só pessoa, tais como os serviços de defesa nacional. Estes serviços não podem ser oferecidos por empresas privadas. Portanto, devem ser providas pelo Estado. Além disso, o setor público coordena e regula o mercado e, às vezes, estabelece a política econômica, tendo como objetivos alcançar o crescimento estável do produto nacional, o pleno aproveitamento e alocação dos recursos e eficiente, a estabilidade dos preços e a distribuição de renda justa. Para financiar suas inversões, o Estado conta com os impostos e contribuições e a venda de bens e serviços. Pode recorrer também, à dívida pública mediante a venda de bônus e, em último caso, às emissões de dinheiro pelo Banco Central. Essas receitas destinam-se a financiar os gastos com a produção de bens e serviços públicos, a pagar o serviço da dívida pública, a conceder subsídios e subvenções ao setor privado e a efetuar transferências de recursos para a previdência social .

[293] *"O setor privado refere-se às empresas ou ao mercado comercial, que gera capitais e possui fins lucrativos"* Ana Maria Domeneghetti. *Gestão do trabalho voluntário em organizações sem fins lucrativos*. 2ª. ed. São Paulo: Esfera, 2001. p. 19.

[294] Rubem César Fernandes, *Privado, porém público* – O terceiro setor na América Latina. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 56.

[295] Idem. p. 45.

[296] *A quem pertence o amanhã? Ensaios sobre o neoliberalismo*. São Paulo: Loyola, 1997. p. 98.

visam lucro e não se afirmam com discurso ideológico, mas sim sobre questões específicas da organização social. Se o aspecto negativo da definição é claro – sabe-se o que não é terceiro setor –, o lado afirmativo deve ser particularizado. Ou seja, uma vez que o terceiro setor engloba um sem número de entidades com origens e finalidades diversas, a compreensão só acontece no âmbito de cada categoria.

## 2.1 Estado mínimo

Durante as décadas de 1980 e 1990, o chamado "discurso único" propôs o fim da utopia socialista e, assim, dos embates ideológicos (o "fim da história"), com a hegemonia absoluta do mercado, entendido como entidade quase metafísica. Trata-se de uma retomada da concepção inaugurada por Adam Smith, na Inglaterra, no século XVIII. Nessa visão, o "mercado" das trocas financeiras e comerciais é visto como harmonizador (ou catalisador) "automático" de todos os interesses dos indivíduos.

Porque Adam Smith preconizava a não regulamentação das forças do mercado, foi chamado de "liberal". Daí a retomada de seus princípios ser conhecida como "neoliberalismo". Porém, a idéia de um mundo baseado na dualidade Estado-mercado, com o Estado notoriamente enfraquecido, parece já não corresponder ao figurino ideal talhado para o atendimento dos interesses de toda a sociedade.

A realidade aí está para nos mostrar o neoliberalismo em sua faceta mais desfavorável: de um lado, a miséria crescente que atinge cada vez mais pessoas e segmentos sociais. [297] De outro, uma fração cada vez menor da sociedade acumula um volume de riqueza incalculavelmente maior. Em nossos dias, as críticas ao Estado do bem-estar social soam desafinadas em face de uma conjuntura mundial "pós-socialista". Isso faz muita gente acreditar que é imprescindível a participação do Estado na implementação das políticas públicas, principalmente nos países em que existe forte exclusão social, como o Brasil.

O funcionamento geral do aparelho de Estado pode ser traduzido em poucas palavras: o Estado cobra impostos e, em troca, oferece aos cidadãos uma série de

serviços. Uma forma de entender o "interesse público" é considerá-lo equivalente à própria esfera das instituições nas quais o Estado se organiza: o sistema Judiciário, o Legislativo e o Executivo, cada qual administrando, em suas respectivas atribuições, a prestação de serviços garantidos pelas leis históricas de cada país.

De acordo com a nossa Constituição, devem ser oferecidos pelo Estado a todos os brasileiros: saúde, educação, transporte, segurança, previdência, entre muitos outros benefícios. No Brasil de hoje, parte dos impostos é canalizada para o pagamento da dívida externa. Além disso, parcelas desses recursos foram desviadas pela corrupção. Não cabe aqui analisarmos os fundamentos nem a legitimidade da dívida brasileira, mas observar que sucessivos governos, nas últimas décadas, recorreram a empréstimos internacionais e compactuaram com as diretrizes das grandes instituições bancárias. O resultado prático é que hoje, com o aumento da dívida nominal e dos juros pagos aos credores internacionais e nacionais, sobram poucos recursos para os serviços devidos pelo Estado brasileiro aos cidadãos do nosso país.

Serviços até então oferecidos por organismos estatais, como a malha viária e a energia elétrica, foram vendidos para empresas privadas. As privatizações alteraram de modo radical a distinção entre interesses públicos e privados: ao mesmo tempo em que o poder estratégico do Estado diminuiu, constatou-se um espargimento da esfera do interesse público. De tal forma que, hoje, a vida pública adquire um contorno heterogêneo e flexível, tão variado quanto podem ser as iniciativas privadas. A questão seguinte passa a ser, então, compreender quais são os novos agentes da vida pública e como se organizam.

O movimento atual, maciço e quase universal, no sentido de maior participação e influência dos cidadãos, é um fenômeno novo. Não está sendo promovido por uma estrutura universal. Não possui endereço fixo. Não busca convertidos nem militantes políticos. Seu alvo não é o poder do Estado. Em seu centro está a figura do cidadão.[298]

É preciso destacar que a organização da sociedade civil em instituições fora do aparelho estatal resulta de uma visão participativa da cidadania. Não implica, necessariamente, supressão do poder do Estado. De acordo com o sociólogo

---

[297] José Eduardo Marques Mauro e Rubens Navaes. *Terceiro setor e suas perspectivas*. Caxias do Sul: Cadernos de pesquisa, nº 2, 1999. *passim*. v. 7.

[298] Francisco Oliveira. Da pobreza da inflação para a inflação da pobreza. IN___ *ONGs: identidade e desafios atuais*. São Paulo: Cadernos Abong n.º 27, 2000. p. 2.

francês Pierre Bourdieu,[299] crítico da globalização neoliberal, a história social ensina que não existe política social sem um movimento social capaz de impô-la. Nesse sentido, não é o mercado, como se tenta convencer hoje em dia, que promove o ressurgimento da cidadania participativa, "*mas sim o movimento social que 'civilizou' a economia de mercado contribuindo ao mesmo tempo enormemente para a sua eficiência*".

O esfacelamento dos Estados-nacionais deu-se em meio à crise na qual todos estamos imersos: fragmentação social, instabilidade econômica e incerteza quanto ao futuro, que geraram um agravamento do preconceito, da intolerância e do racismo. É nesse contexto, em que o Estado tem dificuldade de implementar políticas públicas, que se consolida a noção de terceiro setor, conceituado como Conjunto de atividades espontâneas, não governamentais e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade e que se desenvolvem independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa, ou deva, receber colaboração.[300]

A primeira possibilidade de criação de uma identidade comum de uma "terceira esfera", independente do Estado e das empresas privadas, foi gerada com o surgimento das ONGs. Essas organizações forjam a sua identidade nos anos 70, com a emergência dos novos movimentos sociais e do trabalho "de base" de grupos ligados a igrejas cristãs e organizações ecumênicas nacionais e internacionais

## 2.2 Apontamentos históricos do terceiro setor

O terceiro setor adquire importância, numa visão mundial, nos anos 50 graças a uma outra fonte de referência. Isso porque, após a Segunda Guerra Mundial, outra expressão se incorporou ao campo do terceiro setor: as *ONGs – Organizações Não Governamentais*. Sabe-se que essa denominação em sua criação estava ligada à ONU (Organizações das Nações Unidas), órgão que nas ultimas décadas vem criando uma posição política e estratégica no mundo atual. Após isto, tem-se uma nova conceituação, de organizações que não tinham vínculos com o Governo onde

---

[299] A miséria do mundo. 4ª. ed. São Paulo: Vozes, 2001. p. 9.

[300] José Eduardo Marques Mauro e Rubens Navaes. *Terceiro setor e suas perspectivas*. Caxias do Sul: Cadernos de pesquisa, nº 2, 1999. p. 40. v. 7.

estavam atuando, mas até com presença mundial, são independentes, com objetivos próprios e visando um bem-estar comum, cada uma ligada a uma área em questão, como por exemplo, a OIT – *Organização Internacional do Trabalho, a Cruz Vermelha Internacional, o Conselho Mundial das Igrejas, a Organização Mundial da Saúde*, entre outras. Algumas dessas passaram a fazerem parte da própria ONU, um exemplo é a UNESCO.

Na década de 70, a partir do aumento do espaço das organizações pelo mundo, começam a surgir organizações com aspirações de sanar pontos que geram um desequilibro na sociedade, desencadeando conseqüência de ordem mundial. Assim apareceram grupos que defendiam os direitos dos negros, contra a Guerra do Vietnã, que criaram campanhas pacíficas em favor do meio ambiente e dos animais (*Greenpace*), de luta para inserção da mulher na sociedade de forma igualitária.

Surgem grupos organizados com trabalhos sem perfil caritativo ou filantrópico. Muitas redescobrem os ideais dos socialistas utópicos, outros redefinem o mito e as utopias das comunidades autogestionadas. Outras irão propor projetos de desenvolvimento auto sustentado, dentro de uma economia capitalista onde as regras do mercado teriam que ser redefinidas. Outras ainda investirão em grandes campanhas educativas, em diferentes áreas, como a ecológica ou de defesa dos direitos humanos (Anistia Internacional).

Nos anos 90, houve uma mudança muito prejudicial para as ONGs. Com a crise que se instala em nível mundial, os recursos financeiros oriundos de organizações e fundos de apoio começam a ficar escassos, além de uns desses patrocinadores voltarem os seus recursos para a reestruturação do Leste Europeu, já que, nesse momento, havia se encerrado a Guerra Fria, o Muro de Berlim era derrubado, assim como o movimento comunista – que controlava parte desse território Europeu – havia se extinguido, surgindo uma necessidade humanitária de auxiliar esse público e reestruturar a sociedade, o governo, de forma a criar e manter um equilíbrio social.

Os movimentos e as ONGs latinas passaram a viver a mais grave crise econômico-financeira desde que foram criadas. A mudança na forma de financiamento alterou a atuação das ONGs. A escassez de recursos das agências de cooperação internacional e a mudança interna em seus critérios e diretrizes – de assessoria técnica para geradora de fundos financeiros – criou um cenário que levou

a necessidade de elas gerarem recursos próprios e lutarem pelo acesso aos fundos públicos.[301]

Tiveram, então, que proceder a reengenharias internas e externas para sobreviver, e alteraram seus procedimentos. Passaram a buscar a auto-suficiência financeira. Tiveram que encontrar/construir ou incrementar caminhos no setor de produção. A economia informal – então florescente e estimulada pelo novo modelo da globalização – passou a ser uma das principais saídas, pois a crise gerada pelo desemprego crescente transferiu para a economia informal o grande peso de demandas antes localizado no setor formal.

Com isso, as atividades de militância política, via pressões sociais, passaram para segundo lugar, e as atividades produtivas ganharam centralidade no dia-a-dia das ONGs. Assim, o movimento dos seringueiros, por exemplo, lutará não apenas por seus direitos ou contra a opressão dos grandes latifundiários, dos donos das madeireiras etc. Ele lutará, basicamente, para vender seus produtos em mercados mais competitivos. O mesmo ocorre com o movimento dos índios: eles pressionarão pela demarcação das terras, mas também querem vender castanhas, ervas etc. no mercado nacional e internacional, a preço justo e certo, e não como mercadoria "alternativa", a preços baixos.

Deve-se destacar que o crescimento das ONGs ao final do milênio é um fenômeno mundial, e o terceiro setor já tem sido caracterizado como um novo setor da economia, o da "economia social".

Peter Ferdinand Drucker[302] constatou que o terceiro setor foi o que mais cresceu, mais movimentou recursos e gerou empregos, e foi o mais lucrativo na economia norte-americana nos últimos vinte anos. Diariamente são criadas

---

[301] Em 23 de março de 1999 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei no. 9.970, que "dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências". Trata-se do estabelecimento de um novo marco legal para regular as relações entre o chamado Terceiro Setor e o Estado, no qual está envolvida uma proposta classificatória das diversificadas entidades da sociedade civil, delimitando-se, dentro desse enorme universo, aquelas que são de Interesse Público (OSCIPs - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público). Estas serão as aptas ao estabelecimento do Termo de Parceria, novo instrumento que pretende desburocratizar, imprimir maior agilidade gerencial, transparência e possibilidade de controle de resultados nos projetos que envolvam colaboração das OSCs com os órgãos governamentais. Observe-se que, até hoje, as parcerias governo-OSCs podiam ser feitas apenas através de "convênios" e "contratos", os quais implicam em complicada burocracia, falta de transparência e controle. Determinadas OSCs - as que conseguem obter o título de "Filantrópicas", outorgado por órgão governamental federal - podem também receber fundos públicos sem contrapartida alguma através das "subvenções", regulamento antiquado e que possibilita todo tipo de fraude e clientelismo político. a Lei das Oscip convive com as "leis de incentivos fiscais", com os "atestados de utilidade pública" e com os "certificados de fins filantrópicos".

[302] *Administração de organizações sem fins lucrativos*. São Paulo: Pioneira, 2001. p. 76.

fundações e associações para promover o desenvolvimento econômico local, impedir a degradação ambiental, defender os direitos civis e atuar em áreas onde o Estado é incipiente, como em relação aos idosos, à mulher, aos índios, aos negros etc., ou é de triste memória, como a das crianças nas ruas em situação de risco em países como o Brasil.

Se essas são as tendências nas quais as instituições do terceiro setor têm obtido maior sucesso, é provável que a principal dificuldade nas articulações futuras seja canalizar o anseio dos interessados em participação efetiva. Como bem observou Silvio Caccia Brava,[303] "(...) *a questão central das ONGs não é fazer atenção direta à pobreza. A questão central é fazer a mediação entre a demanda social e a formulação de políticas públicas*".

Como se verá, essa capacidade estará na ordem direta da interação com o poder público.

## 2.3 Crescimento do terceiro setor

Houve nos últimos anos uma grande expansão do Terceiro Setor no Brasil. Há no país mais de 250 mil entidades, que empregam mais ou menos 2 milhões de pessoas, tendo movimentado em 1998 recursos em torno de 1,2% do PIB, o que representa aproximadamente 12 bilhões de reais. Esse setor favoreceu no mesmo ano mais de 9 milhões de pessoas, ou seja, 6%, aproximadamente, da população total.[304]

Segundo estimativas da mesma fonte, 10% da população brasileira, ou seja, 15 milhões de pessoas, doaram recursos para os fins do Terceiro Setor. Outro dado importante é que já superam os 12 milhões os voluntários que lutam por esta causa no Brasil. Em países da Europa e nos EUA, esse setor movimenta quase 6% do PIB, empregam mais de 12 milhões de pessoas diretamente e beneficiaram, na década de 90, mais de 250 milhões de pessoas.[305]

Dentro desse contexto, pode-se observar o grande crescimento destes tipos de organizações, devido, principalmente, ao fato de que o Estado não tem tido a

---

[303] Debate ocorrido em 14 de junho de 2000 na Unicamp, dentro do projeto "*Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*", p. 35.

[304] Pesquisa Comparativa - Johns Hopkins/ Iser, 1999.

capacidade de atender às demandas de serviços sociais, além da sua incapacidade na resolução de questões ligadas à geração de empregos.

Diante da incapacidade do Estado brasileiro em propor estratégias, programas e metas para superar as profundas desigualdades sociais, as perspectivas de crescimento para o terceiro setor tornam-se evidentes.

## 2.4 Interação com o Estado

A interação do terceiro setor com o Estado dá-se em três níveis principais: *prestação de serviços, pressão política sobre o Estado, e apoio, com sugestões e exemplos alternativos de ação.*

Na prestação de serviços, as ONGs levam vantagem aos olhos da administração pública. Têm um quadro técnico especializado em temas locais e custam menos, pois não visam o lucro no sentido empresarial. Trata-se de uma tendência já em curso. Com freqüência, órgãos públicos contratam ONGs quando necessitam de um determinado gerenciamento social; por exemplo, na remoção de favelas de áreas degredadas, mananciais ou invasões.[306]

O terceiro setor pode e deve aumentar sua capacidade de exercer pressão sobre o poder instituído: na execução de determinadas ações, na implementação dos direitos da cidadania e na definição das prioridades orçamentárias. Trata-se de um processo de natureza política, que passa por a população adquirir consciência das obrigações devidas pelo Estado ao cidadão – mesmo que tais ações sejam implantadas por ONGs. Por fim, o terceiro setor tem a missão de criar soluções para a área da inclusão social.

O Estado como fora concebido provendo a maior parte dos serviços e políticas públicas por meio de servidores contratados, talvez jamais volte ou se concretize, em alguns países. Isso não significa que o poder público deixe de ser o responsável pela vigência dos direitos elementares da cidadania. Como bem observou o sociólogo alemão Claus Offe,[307]

---

[305] *Marco legal do terceiro setor*. nº 5, Cadernos da Comunidade Solidária, IPEA, 1998.

[306] A esse respeito, destacamos o convênio entre a Prefeitura de SP e a OAB/SP, com o intuito de treinar os Advogados a prestarem assistência jurídica a famílias que procuram regularizar a situação fundiária de seus imóveis.

[307] O novo poder. Revista *Veja*, 8/4/98, p. 11-13.

> *"(...) a diminuição exagerada do Estado pode ser um risco para a democracia", na medida em que o Estado mínimo, proposto pelo neoliberalismo, está em desigualdade frente ao poderio econômico. Assim, entendemos que a democracia funciona bem apenas quando os cidadãos sentem que seu voto é útil, que decide os destinos de sua cidade ou país. Quando o governo é fraco, as pessoas se perguntam "para que serve a democracia se as decisões estão sendo tomadas em arenas em que o cidadão não tem influência?".*

O Estado estratégico se estabelece por duas vias. A primeira, dos direitos políticos, no aperfeiçoamento do sistema partidário. Aqui, as ONGs vinculadas à cidadania poderão exercer sua pressão sobre o orçamento público, aperfeiçoar a democracia e combater a corrupção. O outro caminho é a implantação dos chamados direitos sociais e econômicos. Aqui, são as ações de exemplaridade e de multiplicidade que mais contribuem para o desenvolvimento.

Nos próximos anos, o poder público será pressionado a atender à demanda dos direitos sociais e econômicos. No Estado estratégico, a maneira de fazer isso será por meio de parcerias. Quando se fala em ações sociais, não se tem em mente paliativos contra a miséria, mas uma transformação genuína da sociedade brasileira. Nesse sentido, é esperado que as ONGs cumpram um papel transformador, propondo novas formas de tornar as políticas públicas mais eficientes e capazes de abarcar os direitos de todos os brasileiros.

# 3
# SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA NO BRASIL

## 3.1 Breves comentários

Neste item, será apresentado a fundamentação atual autorizadora da liberdade de associação no Brasil.

Primeiramente, um pequeno corte se fará, com o objetivo de, sucintamente, revelar a história do direito à associação com base nas iniciais declarações de direitos fundamentais no mundo ocidental.

As primeira declarações de direitos da história, não abordavam, formalmente a liberdade de associação, e isso é explicável, afinal, foram feitas para proteger os direitos individuais, o que para época foi uma grande vantagem.

A liberdade de associação foi inicialmente prevista, não como hoje é conhecida e se verá neste estudo, mas, fundamentalmente como direito a participar de qualquer culto religioso, ou melhor, de qualquer grupo religioso pela sua convicção e não por violência ou força, é o que se depreende do art. 18, da Declaração dos Direitos da Virgínia. A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, 1791, não expressa o direito à associação, mas em seu art. 2º [308]indica a função social das associações, portanto, crê-se que poderiam existir.

[308] *"II A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis da mulher e do homem: estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, e sobretudo a resistência a opressão".*

Na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 7º [309] foi garantido o direito dos cidadãos se reunir tranqüilamente. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em seu art. XX [310] garante o direito de associação. Direito repetido na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, em seu art. 20, 1, determina que *"toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associações pacíficas"*. Desde então, muitos países adotaram essa liberdade, alojando-a em suas Constituições; o Brasil não foi diferente.

A nossa Constituição vigente, a par de existência ou não do direito de associação nas Constituições anteriores, garante a mais ampla liberdade de associação, vedando qualquer forma de interferência estatal sobre o funcionamento de associações civis. O quadro de ordenamento legal existente no país facilita a criação de Organizações da Sociedade Civil de uma maneira geral

Cabe destacar que o princípio associativo é consagrado no art. 5º, assim estabelece, *in verbis*:

> *"Art. 5º ....*
> *XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;*
> *XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;*
> *XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;*
> *XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se no primeiro caso, o trânsito em julgado".*

Mas, também, a mesma Constituição garante a plena liberdade de não se associar, *in verbis:*

> *"Art. 5º...*
> *XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado. "*

O Novo Código Civil (NCC) traz novidades quanto à classificação das pessoas jurídicas Define como sendo 2(duas) pessoas jurídicas privadas: as

---

[309] *"Art. 7 º O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranqüilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos".*

[310] *"Art. XX. Toda pessoa tem o direito de se associar com outras, em manifestação pública, ou em assembléia transitória, em relação aos seus interesses comuns, de qualquer natureza que sejam".*

associações e fundações (sem fins lucrativos ou econômicos) e sociedades (com fins econômicos e partilha dos lucros entre os sócios). As sociedades admitem diversos formatos, como cooperativas e sociedades limitadas.[311]

Há também previsões estatutárias obrigatórias em seu art. 54, como, por exemplo, a indicação das fontes de recursos para sua manutenção. As pessoas jurídicas existentes cujo estatuto não contiver as previsões obrigatórias terão o prazo até janeiro de 2006,[312] para adaptarem seus estatutos. O NCC também estabelece competência privativa da assembléia geral para eleger e destituir os administradores, aprovar as contas e alterar os estatuto, além de permitir que um quinto dos associados possam promover uma assembléia geral. A partir de agora, essas regras prevalecem sobre outras disposições em contrário previstas no estatuto das associações.

Contudo, apesar de a Constituição dar plena liberdade de associação, não dispensou as associações de serem registradas, para que sejam consideradas existentes do ponto-de-vista jurídico. Esse registro dá-se junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art.s. 114 a 121 da Lei de Registros Públicos c/c art. 18 do NCC).

O texto do NCC, que define associações como "união de pessoas para fins não econômicos" causa, ao que parece, preocupação para as organizações com atividade econômica (comercialização de produtos ou serviços). No entanto, *finalidade* é diferente de *atividade* – uma associação pode exercer atividades econômicas de forma suplementar e não exclusiva.

Assim, a expressão "não econômico" pode trazer, na prática, os mesmos efeitos legais da habitual expressão "não lucrativo". Contudo, associações que sobrevivem basicamente da comercialização de produtos e serviços poderão ser descaracterizadas como associações e serem consideradas sociedades, com graves conseqüências para sua natureza institucional.

---

[311] V. arts. 53 a 69 do Código Civil vigente.

[312] O Prazo original era até janeiro de 2004, tendo sido alterado pela Lei nº 10.838, de 2004. Ficando dispensadas dessa alteração as organizações religiosas e os partidos políticos, conforme Lei nº 10.825/03.

## 3.2 Breve exame da Lei federal nº 9.790, de 23 de março de 1999

Convém destacar que o legislador nacional, sensível ao movimento crescente, da sociedade civil organizada, no surgimento de associações dos mais variados fins, editou a Lei nº 9.790/99 [313], a qual dispõe sobre os requisitos indispensáveis para qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) sem fins lucrativos.

A aludida lei não define e não regulamenta as associações de forma geral mas, cria requisitos objetivos para aquelas que queiram colaborar e receber subsídios do Estado e para tanto impõe restrições aos seus estatutos sociais, exigindo também quais objetivos sociais devam se dedicar, como se retira dos art. 1º e § 1º, art. 3º e 4º *in verbis:*

> *"Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.*
> *§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.*
> .....
> *Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X -*

[313] Alterada pela Lei *nº 10.539, 23 de setembro de 2002, e* Regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

*promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.*

***Parágrafo único.*** *Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.*

*Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; V - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:*

*a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;*

*b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;*

*c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;*

*d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será*

*feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal*[314].

*Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título.*

Destaca-se desta lei a definição do que seja sociedade sem fins lucrativos, § 1º do art. 1º, e permite que as mesmas tenham "eventuais excedentes operacionais" o que na linguagem administrativa comum pode ser entendido como "lucro" mas, impõe o destino desse "excedente".

Vislumbra-se também que entre as 12 finalidades optativas que devam constar como objetivo social da OSCIP do art. 3º, dois deles se destacam por estarem ligados, diretamente, ao tema proposto deste estudo, são eles:

*"Art. 3º...*

*.....*

*X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;*

*XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;*

....."

Assim, o acesso à justiça, já debatido anteriormente, está também tutelado pela lei 9.790/99, por intermédio de associações fundadas para esse fim ou em parceria com outras SCIP, no oferecimento de assessoria jurídica gratuita e na promoção da cidadania e demais valores ditos universais.

A outorga da qualificação como OSCIP é de forma vinculada aos preceitos dessa lei [315] e feita mediante a pedido formal junto ao Ministério da Justiça, após estar devidamente cumprida os requisitos da lei em questão[316], que só poderá ser indeferido nos limites do §3º do art. 6º da lei[317].

---

[314] "*Art. 70 ....Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*"

[315] "Art. 1º....§ 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei"

[316] "Art. 5º Cumpridos os requisitos dos arts. 3º e 4º desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos: I - estatuto registrado em cartório; II - ata de eleição de sua atual diretoria; III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício; IV - declaração de isenção do imposto de renda; V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes."

[317] "art. 6º....§ 3º O pedido de qualificação somente será indeferido quando: I - a requerente enquadrar-se nas hipóteses previstas no art. 2º desta Lei; II - a requerente não atender aos requisitos descritos nos arts. 3º e 4º desta Lei; III - a documentação apresentada estiver incompleta."

A qualificação obtida não possui prazo de validade podendo ser perdida[318] a pedido da OSCIP ou por intermédio de decisão proferida em devido processo legal, assegurado a mais ampla defesa e contraditório, iniciado por qualquer popular[319] ou pelo Ministério Público como se extrai pelos art.s 7º e 8º da aludida lei, ou por alteração da finalidade ou do regime de funcionamento da OSCIP, conforme art. 5º do Decreto regulamentador nº 3.100, de 30 de junho de 1999 [320].

A lei 9.790/99 também exclui algumas formas de sociedade civil organizada de serem passíveis de pedirem a qualificação como OSCIP, mesmo que contemplem em seus estatutos sociais objetivos sociais previstos nessa lei.

Essa distinção não se apresenta como discriminação ou tentativa de dificultar que as pessoas se associem e se reúnam, mas, ao que parece, visa fortalecer a novas formas de associação sem ligação a religiões, Estado, categorias profissionais, sociedades com finalidades lucrativas ou que detenham algum poder econômico ou político, como segue:

> *"Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:*
>
> *I - as sociedades comerciais; II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; IX - as organizações sociais; X - as cooperativas; XI - as fundações públicas; XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por*

---

[318] Art. 7º Perde-se a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório.

Art. 8º Vedado o anonimato, e desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude, qualquer cidadão, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação instituída por esta Lei.

[319] No art. 7º lê-se que a pedido de qualquer popular, já no artigo seguinte limita a legitimidade ao cidadão. Nota-se um conflito.

[320] "Art. 5º Qualquer alteração da finalidade ou do regime de funcionamento da organização, que implique mudança das condições que instruíram sua qualificação, deverá ser comunicada ao Ministério da Justiça, acompanhada de justificativa, sob pena de cancelamento da qualificação."

*fundações públicas; XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal."*

Tendo a sociedade civil organizada obtido a qualificação como OSCIP, poderá pleitear um "Termo de Parceria" firmado com o Poder Público, que será deferido após prévia consulta da conveniência e oportunidade aos Conselhos de Políticas Públicas competentes nas áreas de atuação e nos respectivos níveis governamentais[321]. A escolha da OSCIP, que irá firmar o termo, se dará mediante concurso público, o qual o edital deverá ser detalhado o objeto do termo, conforme art 24 do Decreto 3.110/99 [322].

O Objetivo desse termo de parceria é a formação de vínculo de cooperação entre o Estado e a OSCIP na execução das atividades descritas no art. 3º da Lei em analise[323], e deverá conter as seguintes cláusulas obrigatórias:

*"Art. 10...*

*.....*

*§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:*
*I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV; VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a*

---

[321] Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.
§ 1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo.

[322] Art. 24. Para a realização de concurso, o órgão estatal parceiro deverá preparar, com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do Termo de Parceria.

[323] Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

*Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria."*

A cooperação que trata o art. 9º da lei 9.790/99 pode ser interpretado da forma mais ampla possível, por não haver qualquer limitação das formas, pela lei, podendo ser desde apoio financeiro até cessão de uso de bens públicos, limitado tudo ao objeto específico do termo de parceria e devidamente fiscalizado seu uso pelo Poder concedente e pelo Conselho de Política Público competente, como indica em seu art. 11 [324].

Em princípio o termo de parceria também não possui prazo de validade, devendo o assunto ser regulado pela lei 8.666/93 (Lei de licitação) visto envolver bens públicos. Mas, entende-se como prazo de 1(um) ano. No art.13 do Decreto 3.100/99 dispõe que o termo de parceria poderá ser celebrado por período superior ao do exercício fiscal.

A lei 9.790/99, como se falou, tem suas justificativas no sentido de desburocratizar, requalificar e moralizar as formas de acesso aos fundos públicos pelas OSCIP's, instituindo – ao lado das antigas formas de Subvenções, Contratos e Convênios – o Termo de Parceria.

Mas a criação de mecanismos de isenção tributária ou mesmo subsídios tem gerado polêmica com relação ao sentido da reforma legal: trata-se realmente de fortalecer o Terceiro Setor, ou de uma estratégia a mais de afastamento do Estado de suas obrigações para com as políticas sociais (em particular no tocante ao acesso à justiça), com um estreito objetivo de curto prazo de redução dos gastos públicos?

O Estado deve ser competente para fiscalizar essas organizações, assim como é competente para fiscalizar qualquer pessoa jurídica ou física para que atuem de acordo com a Lei, não podendo, contudo, interferir em seu funcionamento e em sua autonomia.

---

[324] "Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. § 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Nesse sentido, são conhecidas as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra as torcidas organizadas dos grandes times de futebol. Uma dessas demandas foi julgada procedente, "*para o fim de decretar a dissolução da associação requerida, com o conseqüente cancelamento do registro de seus atos constitutivos e respectivas alterações no cartório competente, subsistente a liminar concedida, relegando para execução a liquidação de seu patrimônio*".[325]

Como se viu, às associações foram dedicados cinco incisos do art. 5º da Constituição, onde estão agrupados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade. Isso demonstra a preocupação do constituinte com o tema, como também a legislação ordinária, por intermédio da lei nº 9.790/99, também já regulamentou às associações mais precisamente às OSCIP´s, o processo para acesso a recursos públicos

Cabe agora ao intérprete e aos indivíduos, reunidos e organizados, portanto, tentar extrair o máximo de utilidade prática desses preceitos jurídicos, dando-lhes o devido valor. Aliás, essa é a premissa para a conclusão a que se chegará adiante, no sentido de que a defesa judicial da coletividade, por meio das demandas coletivas, deve ser *prioritariamente* feita por associações (ONG´s podendo ou não serem qualificadas como OSCIP) – e não, somente, por órgãos públicos, como o Ministério Público.

## 3.3 Os principais personagens do terceiro setor no Brasil

O terceiro setor incorpora atividades que envolvem diferentes atores. É integrada pelas Organizações Não Governamentais - ONGs, fundações, institutos, associações comunitárias, associações culturais, instituições filantrópicas etc. [326]

No Brasil, existem apenas 2(dois) formatos, disponíveis, institucionais para a constituição de uma organização sem fins lucrativos: fundação privada e associação civil sem fins econômicos. Uma fundação tem sua origem em um patrimônio ou

---

§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação."

[325] TJSP, 10ª Câm. de Dir. Priv., ap. nº 27.381-4/0, Rel. Des. RUY CAMILO; j. 17.3.98, v.u., *in* Bol. AASP 2068/674-j. RT 734/307.

[326] COMUNIDADE SOLIDÁRIA. *Marco Legal do Terceiro Setor*. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.comunidadesolidaria.org.br/textos/publicacoes> Acesso em: 12 março 2003. *passim*.

conjunto de bens, enquanto uma associação se origina da vontade de um grupo de pessoas unidas por uma causa ou objetivos sociais comuns, os chamados direitos coletivos.

As associações e fundações são freqüentemente chamadas por outras expressões — tais como instituto, ONG – organização não-governamental; entidade filantrópica; entidade assistencialista; OSCIP; entidade de utilidade pública — mas é importante esclarecer que essas designações não correspondem a formas jurídicas. Algumas delas se referem a títulos e qualificações conferidos pelo poder público às associações e fundações, conforme veremos a seguir.

A sigla ONG corresponde a organização não governamental — uma expressão que admite muitas interpretações. De um lado, a definição textual (ou seja, aquilo que não é do governo ou vinculada a ele) é tão ampla que abrange qualquer organização de natureza não-estatal.

Assim, do ponto de vista legal, o termo ONG não se existe. Toda ONG é uma associação ou uma fundação. Contudo, do ponto de vista político, nem toda organização privada não-lucrativa é uma ONG. Entre clubes esportivos e recreativos, hospitais privados, movimentos sociais, universidades privadas, entidades ecumênicas, entidades filantrópicas e assistencialistas, fundações empresariais, associações civis de benefício mútuo etc., temos objetivos e perspectivas de atuação social muito distintas.

Conforme vimos, são basicamente três as fontes originárias do terceiro setor: a filantropia e os movimentos sociais e as ONGs. Isso não significa que outras formas de organizações tenham se eclipsado: as instituições partidárias permanecem, bem como os movimentos populares e sociais de cunho ideológico claro, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e as cooperativas agrícolas, a exemplo daquela que reúne as catadoras de babaçu, no Maranhão. Da mesma forma, continuam atuantes os grupos minoritários agrupados na defesa de seus interesses, desde militantes do movimento negro até portadores de HIV.

Também as formas tradicionais de ajuda continuam bem vivas: organizações baseadas em parentesco e em laços comunitários, como grêmios recreativos e clubes da terceira idade. Sem esquecer a fortíssima presença das religiões como pólos de união social profundamente entranhadas nas comunidades brasileiras. É preciso destacar, também, o trabalho das Pastorais Carcerárias e da Criança, que

são ações sociais da Igreja Católica executadas por leigos. Daí ser o conceito de terceiro setor complexo e heterogêneo.

Abaixo, tratamos de conceituar, sem maiores detalhamentos, e pelo senso comum, algumas pessoas jurídicas,veja-se

## A - Associações

Associação é a congregação de certo números de pessoas que expõe em comum conhecimentos e serviços voltados a um mesmo ideal e movidos por um mesmo objetivo, seja a associação econômica ou não, com capital ou sem, mas jamais com intuito lucrativo.

Sua finalidade altruística – como uma associação beneficente que atende a uma comunidade sem restrições qualificadas – ou egoística, que se restringe a um grupo seleto e homogêneo de associados.

A constituição de uma associação ocorre por meio do estatuto social, um conjunto de clausulas contratuais que relaciona a entidade com os seus fundadores, dirigentes e associados, atribuindo-lhes direitos e obrigações entre si.[327] A Constituição Federal assegura a liberdade de associação para fins lícitos como um direito coletivo (art.5º, XVII). Portanto, é proibida a formação de:

1 Associação com fins ilícitos, cujas atividades correspondam a atentados aos pressupostos éticos da sociedade.
2 *Societas criminis*, ou conluio de duas ou mais pessoas para a prática de um determinado crime. Trata-se da questão da co-autoria, na qual se pune individualmente cada infrator, segundo a sua participação na consecução do delito.
3 *Societas sceleris*, ou associação de malfeitores para a pratica de vários crimes, formação de quadrilha ou execução de conspirações.
4 Associação política paramilitar, que se utilize à forca militar para atender a seus objetivos.

Como já visto, podem ser dissolvidas por ação promovida pelo Ministério Público.

[327] Fernando Tenório(Org.) *Gestão de ONGs – Principias Funções Gerencias*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2003. p.38.

**B - Fundações**

De acordo com o NCC, a um patrimônio atribui-se personalidade jurídica, que é a vontade humana destinada a uma finalidade social. O patrimônio e a vontade de destinar bens para uma idéia filantrópica, ainda que de única pessoa, são requisitos para o surgimento de uma fundação. O bem separado deve ser livre de qualquer ônus, legalmente disponível sem redundar em eventual prejuízo para credores os herdeiros necessários.

O controle das fundações é efetivado no Brasil pelo Ministério Publico por intermédio da Promotoria de Justiça Cível – Curadoria de Fundações. Este tem a incumbência de velar (vigiar, zelar, cuidar) pelas fundações existentes na comarca e, portanto, cabe-lhe a fiscalização de todos os atos dos administradores, promovendo, se for o caso, a anulação de atos por eles praticados sem observância do estatuto (lei interna a dar rumo à entidade).

**C - Sindicatos**

Na Constituição Federal, o tratamento dos sindicatos está descrito no art. 8º e em seus incisos, cujo teor considera direito a livre associação profissional ou sindical, atribuindo à entidade a exclusividade da defesa dos direitos individuais e coletivos de uma categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.

A existência do sindicato não impede que outras entidades associativas desempenhem atividades centradas em interesses profissionais ou econômicos. Ilícita é uma associação que estenda esses serviços à totalidade da categoria profissional, sem se restringir a seus associados, proporcionando uma competitividade com os sindicatos.

Pode-se conceituar, com base na legislação, que sindicato é uma associação de caráter profissional, que congrega empregados e empregadores, trabalhadores autônomos e profissionais liberais que exercem uma mesma atividade ou outra similar, com o intuito de defender, estudar e coordenar seus interesses individuais e profissionais.

O sistema de unicidade sindical, em vigor no país, determinado pela legislação brasileira, reconhece apenas um sindicato como representante de uma profissão ou categoria econômica, atuando em caráter local, dentro de sua base

territorial. Portanto, pode abranger um distrito, um ou vários municípios e um ou mais Estados.

Dentre as contribuições que recebem de seus associados, a lei garante aos sindicatos a Contribuição Sindical, uma destinação monetária anual paga por todos os que pertencem a uma categoria profissional. Seu valor correspondente à remuneração de um dia de trabalho, proporcional ao salário bruto do empregado.

Para autônomos e profissionais liberais, a importância é variável, fixada por propostas dos sindicatos ou, para empregadores, em função do capital da organização.

**D - Cooperativas**

A cooperativa é uma associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, para satisfazer aspirações econômicas, sociais e culturais comuns, por meio da criação de uma sociedade democrática e coletiva.

O cooperativismo objetiva o desenvolvimento do ser humano, das famílias e da comunidade, situa-se como um instrumento acessível para as camadas menos favorecidas modificarem sua realidade.

Os associados são os donos da cooperativa. Reunidos, em assembléia geral, órgão máximo de decisão, definem pelo voto, os objetivos e o funcionamento do negócio.

No Brasil, o assunto é regulado pelas Leis nº 5.764/71 (Cooperativa Econômica) e n° 9.867/99 (Cooperativa Social).

**E - Organização não governamental**

ONG significa "Organização não governamental" e, portanto, é um termo genérico e não jurídico, que, atualmente, tem abrangido ou denominado as entidades do terceiro setor, formadas pela reunião de pessoas da sociedade civil. Em âmbito mundial, a expressão surgiu pela primeira vez na Organização das Nações Unidas (ONU) após a Segunda Guerra Mundial, se originaram na Europa, com o uso da denominação em inglês "Non-Governmental Organizations (NGO's)" para designar organizações supranacionais e internacionais que não foram

estabelecidas por acordos governamentais, executoras de projetos humanitários ou de interesse público. [328]

São instituições privadas, sem fins lucrativos.

Apresentavam-se com o objetivo de favorecer a participação das classes populares. Surgem centros de "educação popular"; de assessorias a movimentos populares com ênfase dos trabalhos na "conscientização" e "transformação social". Pequenos grupos, já existentes, abandonaram práticas assistenciais-filantrópicas e outros foram criados para incentivar a "organização popular". [329]

Mas se nos anos 70/80 as ONGs poderiam ser consideradas parte do campo progressista, como salientam alguns autores, [330] vale ressaltar que muitas dessas organizações, mesmo nesta época, exerciam um papel "paliativo" ou "amortecedor": denunciavam internamente as violações dos direitos humanos e a pauperização da população, mas "raramente denunciavam os seus patrocinadores norte-americanos e europeus que os financiavam e aconselhavam".[331] É claro que precisamos separar o joio do trigo nesse emaranhado onde se entrelaçam as ONGs.

Mas, mesmo as mais aguerridas, se encontram numa "camisa de força": quem as financia? A sua viabilidade está diretamente ligada à capacidade de angariar fundos. E, claro, sua autonomia depende da origem dos seus recursos. Os governos dos países europeus têm sistemas para co-financiar as ONGs.

> *"(...) la financiación pública de una ONG, sobre todo de las ONGD[332], se lleva a cabo por diversas vías: subvenciones globales, de carácter periódico; subvenciones para financiar un proyecto individual; subcontratos que convierten a la ONG en agente ejecutivo del programa de acción (ayuda alimentaria, proyectos de cooperación) del gobierno en cuestión; y medidas fiscales (exenciones de renta en base a donaciones, subvenciones gracias a las partidas consignadas a la cooperación internacional en las declaraciones de renta etc.)".* [333]

Estão integradas no fluxo de dinheiro do Estado e/ou das Igrejas, não podem (ou têm muita dificuldade para) atuar de modo mais radical. Ideologicamente podem-se tornar hegemônicas nas comunidades onde atuam e se tornam, também,

---

[328] Ana Maria Domeneghetti, *Gestão do trabalho voluntário em organizações sem fins lucrativos*. 2ª. ed. São Paulo: Esfera, 2001. p. 24.

[329] Ana Maria Doimo, *A vez e a voz do popular: movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Anpocs, 1995. p. 129-130.

[330] Maria da Glória Gohn, *Teoria dos movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Loyola, 1997.

[331] James Petras, *Armadilha neoliberal*. São Paulo: Xamã, 1996. p. 22.

[332] São chamadas ONGD as organizações que atuam na área de desenvolvimento.

> "(...) *um termômetro, já que elas revelam para os governos as pulsações das populações nos mais diversos cantos do país. Em muitos casos, as ONGs revelam um problema real do sistema, sendo a primeira advertência ao governo quando as coisas não vão bem (...). Portanto, a grande maioria delas cumpre a função de ajudar a preservar o sistema e torná-lo mais funcional*".[334]

Outros termos muito utilizados pela maioria dessas organizações são inclusão/exclusão. Os projetos encaminhados às "fontes financiadoras" não deixam de mencionar o grande número de trabalhadores "excluídos" do processo de "globalização", além da constatação de que o Estado é ineficaz como remediador desse mal e como promotor de justiça social.[335] E, para, substituí-lo, ou complementá-lo, nada melhor do que a "sociedade civil" organizada. Leia-se "terceiro setor". Embora não se tenha uma definição clara do que ele venha a ser.

Maria da Glória Gohn [336] classifica as ONGs em três grandes grupos: "*caritativas*" (atuam na assistência ao menor, mulher e idosos, por exemplo); "*ambientalistas*" (relacionadas às questões do meio ambiente e do patrimônio histórico); e "*cidadãs*" (voltadas para a reivindicação dos direitos da cidadania, têm grande atuação junto às políticas públicas, fornecendo subsídios para a sua elaboração, fiscalizando-as ou fazendo denúncias, no caso de violações ou omissões).

Seja no voluntariado de cunho assistencialista, seja na mobilização em ONGs, o interesse pelas questões sociais reflete uma tendência mundial. Essa nova e ampla consciência de cidadania tem conseqüências surpreendentes: uma pesquisa recente, feita nos EUA e na Europa, revelou que ONGs são as novas supermarcas do planeta.[337]

---

[333] Esther Barbè, *Relaciones internacionales*. Madri: Tecnos, 1995. p. 179.
[334] Heinz D. Steffan. Globalização, educação e democracia na América Latina. IN___ *A sociedade global: educação, mercado e democracia*. Blumenau: FURB, p. 67-264, 1998. p. 24.
[335] Fernando Tenório (Org.). *Gestão de ONGs* – Principias Funções Gerencias. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 7.
[336] *Teoria dos movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Loyola, 1997. p. 33.
[337] *Revista Meio e Mensagem* - Caderno Especial: 24 anos, 22 de abril de 2002, p. 44.

## 3.4 Surgimento das ONGs no Brasil

Como visto anteriormente, o termo ONG não existe juridicamente e a nossa legislação prevê apenas 2 (dois) formatos institucionais para a constituição de uma organização sem fins lucrativos; portanto, toda organização sem fins lucrativos da sociedade civil é uma associação civil ou uma fundação privada. Ou seja, toda ONG é uma organização privada não lucrativa.

No entanto, nem toda organização privada não-lucrativa é uma ONG. Entre clubes, hospitais privados, sindicatos, movimentos sociais, universidades privadas, cooperativas, entidades ecumênicas e assistencialistas, fundações empresariais, associações civis de benefício mútuo etc., temos objetivos e atuações bastante distintos, às vezes até opostos.

Rubem César Fernandes[338] observa que as ONGs (associações) promovem a sociabilidade num contexto individualista. Em suas atividades, os fins coletivos e os bens coletivos são percebidos como interesse individual dos que estão envolvidos. A vida pública insere-se nas iniciativas privadas. A cidadania é personalizada.

As ONGs nasceram calcadas no modelo norte-americano e dentro de circuitos de cooperação global. Enquanto muitos movimentos sociais das décadas de 1970 e 1980 não dispunham de apoio financeiro, as ONGs dos anos 90 vão encontrar na cooperação internacional o veículo adequado para financiar o apoio à luta pela cidadania. Relação que os organismos internacionais não podiam estabelecer com os movimentos sociais, que não tinham enfoque empresarial.

Como observa Rubem César Fernandes:[339]

"(...) *há uma série de marcas contrastantes que diferencia as ONGs: não-governamentais, não lucrativas, não fazem parte de estruturas maiores, não são representativas, não financiam. Para ser positivo, entretanto, é preciso lembrar sua curta, porém característica, história. Em nosso sentido restrito, as ONGs nasceram dentro de circuitos de cooperação global. Forneceram canais não oficiais para o apoio internacional a projetos sociais caracteristicamente executados em nível local, ou em um micronível. Não foram as únicas a fazê-lo (igrejas e sindicatos, por exemplo, também se envolveram), mas se tornaram especialistas no assunto. Sua independência facilitou as conexões internacionais não-oficiais e seu pequeno tamanho foi favorável para a imersão local. Assim, ficaram livres para fazer a mediação entre as pautas internacional e local, especializando-se em projetos que fazem sentido nas duas pontas do programa de desenvolvimento*".

[338] Op. cit. p. 345.
[339] Op. cit. p. 325.

E prossegue o autor, mais adiante: "(...) *o valor delas (das ONGs) vem do que fazem e não do que representam. Não constituem agências de financiamento, o que as distingue, por exemplo, das fundações*".

Hoje, nota-se, que há ONGs voltadas para os mais variados problemas: fornecer apoio a vítimas de calamidades e refugiados, crianças carentes, idosos ou inválidos, questões do meio ambiente, saúde pública, prevenção da Aids, direitos humanos etc.

## A- Mecanismos institucionais de controle das ONGs no Brasil

Para constituir uma associação ou uma fundação, são necessários alguns registros obrigatórios, nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal, que exigem inúmeros requisitos e procedimentos legais, que são sistematicamente verificados pelas instâncias administrativas responsáveis. São eles:

### A-1 Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas

Toda associação ou fundação para iniciar suas atividades deve-se registrar no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que é o órgão público competente para tal registro, segundo a Lei n° 6.015/73 (Lei de registros públicos). Os cartórios são regulados de acordo com as Leis estaduais de Organização Administrativa e Judiciária e também através das Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados.

O estatuto social e demais atos constitutivos a serem registrados devem obedecer ao disposto no Código Civil vigente e na Lei n° 6.015/73. No caso do registro de uma fundação, faz-se necessário a aprovação prévia do estatuto social pelo Ministério Público Estadual (ou do Federal, conforme o caso). Se o instituidor da fundação ou a pessoa por ele nomeada não elaborar o Estatuto no prazo de 6 (seis) meses (ou outro que lhe tenha sido concedido), ficará a cargo do Ministério Público elaborá-lo e submetê-lo à aprovação judicial.

### A-2 Receita Federal

Para ter movimentação financeira, toda "ONG" deve se inscrever no CNPJ (Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica) na Receita Federal. Somente a partir desse momento poderá abrir conta bancária e receber recursos.

### A-3 Prefeitura

O espaço físico a ser utilizado como sede da associação também precisa ser regularizado perante a Prefeitura Municipal. Para obter o Cadastro de Contribuintes Mobiliários (CCM) e o Alvará de Localização e Funcionamento, a organização deve apresentar o Estatuto Social e a Ata da Assembléia de Constituição, devidamente registrados em cartório, juntamente com o documento do IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano do local onde funcionará a organização. O citado Alvará deverá ser atualizado periodicamente.

### A-4 Ministério do Trabalho

Quanto à regularização trabalhista, a organização, mesmo que não tenha empregados, deve apresentar documentos e informações anuais (RAIS – Relação Anual de Informações Sociais e GFIP – Guia do Fundo de Garantia e Informações à Previdência). Além disso, se quiser contratar empregados, deverá (entre outras coisas) registrar-se no INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social.

### A-5 Outros registros públicos

Dependendo da área e forma de atuação da entidade, existem inúmeros registros, títulos e qualificações facultativas junto ao poder público, tais como:

- CEAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social);
- Utilidade Pública Federal;
- Utilidade Pública Estadual e Municipal;
- OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público);
- CNEA (Cadastro Nacional de Entidades Ambientalista).

Para se registrar nesses órgãos públicos ou obter determinado título ou qualificação concedida pelo poder público, a "ONG" deve cumprir determinados requisitos e apresentar uma série de documentos, tais como: relatório de atividades; balanço contábil e patrimonial; atestado de autoridade local (prefeito, juiz de direito, promotor de justiça) de que a organização esteve e está em contínuo funcionamento

nos últimos 3 (três) anos, com exata observância dos princípios estatutários; qualificação completa dos membros da diretoria e atestado de idoneidade moral etc.

**B Obrigações anuais junto aos órgãos públicos**

Toda associação ou fundação, uma vez ao ano, deve obrigatoriamente prestar informações a diversos órgãos públicos, a saber:

- DIPJ (Declaração de Informações da Pessoa Jurídica) que deve ser prestada anualmente à Receita Federal, contendo o balanço contábil e patrimonial anual da organização, assim como as fontes de recursos recebidos, em categorias como: contribuições associativas; venda de bens e prestação de serviços; doações e subvenções;
- RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) que deve ser entregue anualmente ao Ministério do Trabalho com informações e o perfil de cada empregado;
- qualquer alteração estatutária ou eleição de novos dirigentes deve ser obrigatoriamente informado ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, inclusive com a qualificação completa dos dirigentes e representantes legais.

Além desses procedimentos obrigatórios, para as organizações que possuem alguns dos títulos, registros e qualificações facultativas mencionadas acima, existem outras informações obrigatórias que devem ser prestadas ao poder público, tais como: relatório anual de atividades; atualização dos dados cadastrais; publicação do balanço contábil e patrimonial etc.

**C Prestação de contas quando do recebimento de recursos públicos**

As "ONGs" são obrigadas a prestar contas anualmente a seus "doadores", que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

No caso de uma "ONG" receber recursos públicos nacionais, através de convênios, a prestação de contas será exaustiva, devendo ser demonstrada a aplicação efetiva dos recursos recebidos mediante apresentação de relatórios da execução físico-financeira do projeto, que são obrigatoriamente analisados pelo Tribunal de Contas, tudo devidamente regulamentado pela lei nº 9.790/99 e seu Decreto nº 3.100/99

## D Responsabilidade civil e criminal pela prática de atos ilícitos

Como qualquer pessoa jurídica, as "ONGs" são civilmente responsáveis pelos atos ilegais que praticam.

Os seus dirigentes também são pessoalmente responsáveis pelos atos ilegais que praticarem, assim como pelos atos contrários ao Estatuto Social ou cometidos por excesso de mandato, inclusive atos criminosos.

Há inúmeros mecanismos legais (tributários, civis, penais) que estabelecem sanções para as ilegalidades cometidas por qualquer pessoa jurídica ou física, sendo que para as "ONGs" que recebem recursos públicos esses mecanismos são especialmente complexos.

Por fim, cumpre lembrar que o Ministério Público é competente para investigar e denunciar qualquer irregularidade cometida por uma "ONG" que lese o interesse público e caso seja uma OSCIP além do Ministério Público a ação judicial ou administrativa poderá ser legitimada por qualquer cidadão.

## E Mecanismos de controle de ONGs estrangeiras que atuam no Brasil

De acordo com nossa legislação, em nenhum caso serão conferidos à organização não-governamental constituída no exterior, direitos mais amplos que os atribuídos às pessoas jurídicas constituídas sob a lei brasileira.

Além disso, para que uma associação civil ou fundação estrangeira funcione no país, através de criação de sucursais, filiais ou agências é necessário autorização do governo brasileiro, a qual se dará mediante a aprovação dos seus estatutos (ou atos constitutivos, nos termos do art. 11, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Com a autorização, não perde a entidade o seu caráter de estrangeira. Quaisquer prerrogativas conferidas às associações nacionais, que forem além do regime comum de direito privado, somente serão extensíveis às associações ou fundações estrangeiras autorizadas se houver reciprocidade de tratamento nos seus países de origem para as associações ou fundações brasileiras, ressalvados os casos em que a lei brasileira não permitir, expressamente, a concessão da vantagem ou prerrogativa.

## F Atuação de estrangeiros em "ONGs" brasileiras

A entrada de estrangeiros no território nacional depende de concessão de visto na forma do art. 4º e do art. 13 da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81, e especificamente àqueles que venham ao Brasil prestar serviços junto à entidade de assistência social, sem vínculo empregatício com pessoa jurídica sediada no Brasil, poderá ser concedido visto temporário, por prazo de até 2 (dois) anos.

Os requisitos para concessão de visto temporário, ao contrário do visto de turista, são extremamente complexos, incluindo até a obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de antecedentes criminais ou documento equivalente, expedido por autoridade competente do país de origem do estrangeiro.

Como se vê, o controle existe e é legal, mas nem por isso, pode-se dizer que esses mecanismos ofendem à Constituição, que aliás não proíbe organizar essas ONGs.

Fato é que a sociedade civil organizada cumprida todas essas exigências legais, adquire personalidade jurídica, e, para efeito deste estudo, entende-se poder promover o acesso à justiça a seus associados ou filiados, na defesa dos interesses metaindividuais.

# 4
# ONGs E SUAS AÇÕES EFETIVAS: EXAME DE CASOS REAIS

## 4.1 Delimitação da pesquisa: Questões preliminares

O presente estudo abordou, até o momento, questões sobre o acesso à justiça e suas peculiaridades; apontou algumas dificuldades do indivíduo frente ao acesso à justiça e como forma de minimizar esse problema destacou a sociedade civil organizada, particularmente as ONGs, nos processos coletivos na qualidade de legitimadas ativas na defesa e tutela ao acesso à justiça como direito fundamental.

E afinal, é viável a proposta inicial da sociedade civil de forma organizada interferir no acesso à justiça? Para tanto, análise de casos reais será de grande importância a justificar a proposta central.

Assim, parte-se para estudo de alguns casos, ou melhor, de algumas ONGs que sua origem, remonta na idéia de defesa coletiva dos interesses metaindividuais, seja do grupo de associados, seja frente à coletividade.

De início uma primeira constatação se faz: há poucas ONGs, em nível nacional, efetivamente atuantes em ações coletivas judiciais, conforme informações colhidas junto à Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG), no sitio www.abong.org.br. Essa carência não parece ser explicável facilmente, mas esse trabalho procura, também, colaborar, ao menos teoricamente, para o aumento dessa ONGs.

Uma segunda constatação é no tocante aos sucessos das demandas coletivas impetradas por essas ONGs, cabe destacar que todas contam com amplo

apoio jurídico, aliás, a maioria é fundada ou presidida por operador do direito (advogado(a)), mas, mesmo assim, o sucesso no acolhimento das pretensões não tem sido constante.

Percebe-se que os insucessos estão ligados mais ao mérito, independente de ser interesses metaindividuais ou da questão da legitimidade ativa das ONGs, associações, mesmo assim, não serão objetos de maiores delongas ou citações.

A análise dessas ONGs, titulares de ações coletivas *lato sensu*, visa reunir um conjunto de informações práticas, no escopo de justificar o argumento apresentado durante todo este estudo: uma efetiva ampliação do acesso à justiça, parece que será resultado das ações coletivas, as quais na titularidade ativa estará a sociedade civil organizada, comumente denominada de ONG, como substituta processual.

A pesquisa não se aprofundou em questões técnicas, no campo da processualística, para não perder o foco da proposta inicial. Da mesma forma, a questão social e satisfação dos associados não foram objeto de coleta de dados.

A partir dessas premissas, a pesquisa foi limitada a coletar dados, de forma genérica, que demonstrassem a efetividade jurídica das demandas coletivas por elas promovidas.

Coletou-se, também, dados das ONGs, como história de sua criação, objetivos estatutários, vantagens de ser associado, se promovem serviços extra-judiciais, como educação em cidadania entre outros, enfim, tentar demonstrar, ao leitor deste texto, que lutar pelos direitos não é tarefa fácil se optar por seguir sozinho, mas, ao contrário, em grupo, criando associações ou mesmo se filiando a alguma delas essa luta se torna menos árdua.

Por não existir banco de dados sobre as atividades das ONGs no acesso à justiça como titular nas ações coletivas optou-se em pesquisar em suas páginas eletrônicas. Opção bastante proveitosa devido à popularização da Internet como veículo de divulgação.

Os dados coletados foram agrupados, individualmente, sem qualquer intenção de cotejar as ONGs, assim, não há relatório comparativo.

A coleta seguiu literalmente, as informações divulgadas em suas páginas, não havendo qualquer manifestação de juízo sobre a forma que se apresentam.

Para melhor entendimento, os dados colhidos foram agrupados em temas básicos, mesmo que nas páginas oficiais não o fossem.

## 4.2 ONGs pesquisadas: Exame

Dentre as ONGs atuantes, para esse estudo, destaca-se 3(três) ligadas, efetivamente à defesa coletiva, em questões de defesa do consumidor e até de utilidade pública, declaradas por lei. Essa ligação ao tema "consumidor" é justificável pelos próprios argumentos presentes neste estudo.

As ONGs relatadas aqui são: Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), situado em São Paulo; Associação Brasileira do Consumidor (ABRACON), situada no Rio de Janeiro e, Associação de Defesa e Orientação do Cidadão (ADOC), situada no Paraná. Todas atuam de forma nacional, possuindo representantes em outros Estados da federação. Essa ONGs podem ser acessadas pelas sua páginas, sítios, na internet, nos seguintes endereços, respectivamente, www.idec.org.br; www.abracon.org.br e www.adoc.com.br.

### 4.2.1 IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) é uma associação de consumidores fundada em 1987. Uma organização não-governamental (ONG) sem fins lucrativos e sem qualquer vínculo com empresas, governos ou partidos políticos. A sustentabilidade do Instituto decorre, fundamentalmente, das anuidades pagas pelos seus associados (somente pessoas físicas), da venda de assinaturas de sua revista, de cursos e publicações. O IDEC atua em temas que beneficiam a sociedade como um todo, realizando testes de produtos e serviços, movendo ações judiciais e buscando junto às autoridades competentes o respeito aos direitos do consumidor.

O instituto oferece a seus associados um serviço de orientação para a prevenção e a solução de problemas existentes nas relações de consumo.

A coordenadora executiva do IDEC, Marilena Lazzarini, preside a Consumers International, entidade que congrega cerca de 200 associações de consumidores em mais de uma centena de países. No Brasil, é membro do Fórum Nacional das Entidades Civis de Defesa do Consumidor e da Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais- Abong.

A missão do IDEC é promover a educação, a conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica. Para isso, o IDEC tem como objetivos contribuir para:

A - que seja atingido o equilíbrio ético nas relações de consumo;

B - a implementação e o aprimoramento da legislação de defesa do consumidor e de matérias correlatas;

C - a repressão ao abuso do poder econômico nas relações de consumo e nas demais relações jurídicas correlatas;

D - a melhoria da qualidade de vida, especialmente no que diz respeito à melhoria da qualidade dos produtos e serviços oferecidos.

Orienta e informa seus associados sobre seus direitos como consumidores e para que se previnam de problemas utilizando o Código de Defesa do Consumidor. Os associados podem se dirigir ao IDEC pessoalmente, por carta, telefone, fax ou e-mail.

Testa comparativamente e avalia produtos e serviços. Os produtos testados são comprados em estabelecimentos comerciais, sem prévio aviso. O IDEC não aceita presentes ou doações de empresas. Os testes são feitos em laboratórios reconhecidos por sua alta qualidade. Os técnicos do Instituto elaboram o plano de teste e acompanham os ensaios.

Move ações judiciais contra empresas e governos, beneficiando seus associados e, quando necessário, ações civis públicas que beneficiam toda a coletividade.

Edita a revista "*Consumidor S.A.*", pioneira no país. A revista é distribuída bimestralmente a todos os associados do IDEC, cerca de 30.000 membros ativos, e não veicula nenhum tipo de publicidade de empresas ou governos. Além da revista, edita livros com o objetivo de orientar o consumidor quanto a seus direitos, segurança e saúde.

Mantém a pagina no endereço www.idec.org.br, com um dos mais completos conteúdos relacionados a defesa do consumidor, oferece, também, conteúdos exclusivos para seus associados.

O IDEC não permite que empresas façam publicidade de produtos e serviços com base nos resultados dos testes publicados na revista Consumidor S.A. ou em seu sítio.

Atua em grandes temas que envolvam o interesse coletivo da sociedade. Portanto, a entidade não fornece orientação ou faz intermediação de questões particulares que envolvam isoladamente consumidores e empresas. Nesses casos, os interessados devem se dirigir aos Procons ou Juizados Especiais. Fornece orientação pessoal somente aos seus associados, pois são eles que mantém a estrutura de atendimento, por meio de contribuição anual.

O IDEC ajuizou muitas ACPs, a maioria delas reclamando a inflação não creditada às poupanças referente ao mês de janeiro de 1989 e março de 1990. Mas há também outras ações, como as ACPs contra as administradoras de consórcio e contra as empresas de assistência médica privada.

O IDEC somente executa a decisão para os seus associados. Por isso, se alguém quiser participar das ações promovidas pelo IDEC, inclusive na fase da execução, deve se associar à Entidade.

Aponta-se, abaixo, outras ações movidas pelo IDEC na sua luta pela defesa dos direitos de seus associados e da coletividade, veja-se:

A - Ação Civil Pública, ajuizada pelo IDEC, visando a condenação do Banco Central a pagar a diferença de remuneração de caderneta de poupança em razão do índice IPC de março/1990. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, distribuída em 15/03/1995; Informações gerais: Partes: IDEC X Banco Central do Brasil, Processo nº 2000.03.99.036773-1 - TRF 3ª Região - 3ª Turma. Fase atual: Decisão de 1ª Instância favorável. Decisão de 2ª Instância desfavorável (ilegitimidade do Bacen). O IDEC recorreu dessa decisão e aguarda decisão do TRF.

B - Ação civil pública, pedindo a nulidade da autorização dada pela ANS para a Interclínicas e Classes Laboriosas sobre aumento dos valores,que não seja dado mais nenhuma autorização nesse sentido, e que seja declarada inconstitucional. 15ª Vara Federal – SP, distribuída em 22/03/2001; IDEC X Agência Nacional de Saúde Suplementar(ANS); Processo nº2001.61.00.008252-6 Fase atual: Juiz negou pedido de tutela antecipada(liminar)sobre a suspensão das autorizações já expedidas, bem como das futuras. Recorreram dessa decisão, ainda aguardando a decisão do TRF.

C - Ação coletiva proposta contra Blue Life, requerendo seja determinada a nulidade de cláusula que prevê o reajuste das mensalidades por faixa etária e a reemissão dos boletos bancários expedidos com valor incorreto. Localização: 7ª Vara Cível Central/SP – Proc. n.º 99.017974-5, distribuído em 23/02/1999; Fase atual: Uma decisão liminar, concedida pelo STJ, em 18/08/2000, restabeleceu os

efeitos da tutela antecipada. Assim, nenhum associado do IDEC deverá pagar aumentos de faixa etária. Aguarda-se julgamento de 1ª instância desde fevereiro de 1999.

D – Ação coletiva proposta contra a Marítima seguradora contra aumento ao segurados, associados do IDEC, por motivo de ocorrência de sinistralidade. 29ª. Vara cível da capital –SP, distribuída em 13/07/1999; Localização atual, TJ, São Paulo - nº 223986.4/0; Fase atual: Sentença favorável ao IDEC, julgando procedente o pedido. A empresa recorreu. Aguarda-se julgamento de 2º instancia.

E - Mandado de Segurança Coletivo contra incidência do ICMS sobre as contas de habilitação dos aparelhos celulares. Localização: Superior Tribunal de Justiça. Distribuído em 04/09/1998; processo nº 117.312-5/0(nº antigo 1380/98) Autoridade coatora: Coordenador da Administração Tributária SP e BCP Telecomunicações. Fase atual: Decisão de 1ª e de 2ª instância desfavoráveis. Recorreu-se e o tribunal entendeu que não houve ilegalidade na cobrança de ICMS em habilitação de telefonia celular. Encaminhado ao STJ e ao STF em junho de 2002. Aguardando julgamento.

F - Ação ordinária, visando a indenização das associadas que sofreram danos com a disponibilização de produto anticonceptivo não adequado ao consumo. Distribuído em 06/11/1998 junto à 34ª Vara Cível da capital-SP, processo n.º 98.0283388; Partes: IDEC X Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Fase atual: Deferida liminar para o pagamento de pensão à um grupo de associadas. Processo aguarda julgamento em 1ª instância.

G –Ação coletiva objetivando a declaração de irregularidade na fiscalização do Banco Central por ter sido feita de maneira satisfatória, tendo em vista a falência da empresa Expansão administradora de consórcios. Distribuída em 20/10/1997, 20ª. Vara federal da capital –SP. Informações gerais: RÉU: Banco Central. Fase atual: Em 10/11/00, decisão de 1ª instância favorável, mas limitados aos domiciliados no Estado de São Paulo. O IDEC recorreu dessa decisão e os autos já foram remetidos ao Tribunal, onde aguardam distribuição.

H - Ação Civil Pública, ajuizada pelo IDEC, visando a condenação do Banco a pagar a diferença de remuneração de cardeneta de poupança em razão do índice IPC de março/1990. Distribuída em 30/05/1995, 37ª Vara Cível de São Paulo; processo n.º 1041/95. Informações gerais: Partes: IDEC X BERON - Banco do Estado de Rondônia. Processo nº 192586/SP - STJ - 4ª Turma Fase atual: Decisões

de 1ª e 2ª instâncias desfavoráveis (extinção-ilegitimidade do IDEC). Decisão do STJ favorável (anulou as anteriores), em junho/2002. Aguarda julgamento do mérito na 1ª instância.

I - Ação Civil Pública contra Medida Provisória nº 336 de 28/07/1993, que alterou o sistema monetário nacional para cruzeiro real ordenando que fossem desprezadas frações inferiores a um centavo, causando uma perda individual insignificante, porém uma perda coletiva inimaginável. Distribuída em 12/08/1993, 13ª. Vara federal de São Paulo –SP, proc. n º 93.0021461-6, informações gerais: Réu: União Federal; processo atual nº 96.03.018850-6 (TRF); Fase atual: Decisão desfavorável em primeira instância. Recorreu-se ao TRF. Aguardando decisão.

J - Ação Coletiva movida contra a NET e outros, objetivando o acesso rápido à Internet independentemente de pagamento de provedor adicional, entre outros pedidos. Distribuída em 29/10/2002, 21ª. Vara cível da capital/SP, proc n.º 000.02.201319-9, Informações gerais: Partes: IDEC x NET São Paulo Ltda, Vírtua e Abranet (Associação Brasileira dos Provedores de Acesso Serviços e Informações da Rede Internet São Paulo) Fase atual: Ação ajuizada em 29/10/2002. Teve início a fase de produção de provas pelas partes em setembro/03.

K - Ação coletiva objetivando o ressarcimento pelas perdas ocorridas nos fundos de investimentos administrados pelo ABN AMRO Real Bank. Distribuída em 29/11/2002, 19ª. Vara Cível federal de SP., proc. n.º 2002.61.00.027517-5; partes: IDEC x ABN AMRO BANK S/A, Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Fase atual: Em 29/11/2002 a ação foi distribuída. Indeferida a tutela antecipada.O IDEC recorreu dessa decisão. Os réus já ofereceram a contestação e o IDEC já ofereceu réplica. Aguarda-se o início da fase de produção de provas.

L - Ação Civil Pública com pedido liminar, visando a exclusão da cobrança das taxas de "adicional por chamada" e "deslocamento", bem como o ressarcimento das quantias pagas anteriormente. Distribuída em: 22/11/2001, 30ª Vara Cível da capital-SP, proc. n.º 000.01.313702-6; partes: IDEC x Telesp Celular. Fase atual: Processo encerrado, tendo em vista a homologação judicial do acordo entre o IDEC e a Telesp. A Telesp compromete-se a suspender as cobranças indevidas de todos os consumidores titulares dos planos de serviços Light 50, Standard 90, Plus 150, Special 300, Super 600 e Total 900. Os usuários iriam receber a devolução dos valores cobrados a mais entre os dias 16/09/2001 (início das cobranças indevidas) e 26/12/2001 (quando a empresa foi intimada pela justiça). O reembolso seria feito

através de créditos nas próximas faturas. Já aos consumidores que migraram aos planos denominados de "Cobertura Total" ou aderiram diretamente a eles, haveria uma redução de R$ 5,00 no valor da assinatura mensal, que ficará igual ao dos planos que não têm o nome "Cobertura Total". O fato que a TELESP não cumpriu o acordo e o IDEC está executando.

Não são somente essas as ações movidas pelo IDEC. Percebe-se claramente que o IDEC é bastante atuante, mas, os resultados práticos, nas ações apresentadas, ainda são tímidos o que não desmotiva este autor.

Mas destaca-se que o IDEC já recuperou, para seus associados, mais de R$ 8 milhões referentes às perdas da poupança no Plano Verão, de 1989. Foram movidas pelo instituto 335 ações contra os bancos, envolvendo também as referentes a perdas com o Plano Collor, em 1990.

Reparação dos danos causados às vítimas das "pílulas de farinha": foram propostas 4(quatro) ações em nome de 10 mulheres (carentes) que consumiram as pílulas Microvlar inócuas. Até o momento, a empresa já foi obrigada a desembolsar R$ 90.734,00 relativos aos benefícios provisórios de pensão alimentícia e/ou valor para despesas iniciais (por exemplo, com parto e do nascituro).Todas elas receberão indenização para cuidar de seus filhos até que eles completem 21 anos.

Suspensão de aumento da Telefônica: em 1999, o Idec ajuizou uma ação civil pública contra a Telefônica - Telesp S/A e a CTBC - Companhia Telefônica da Borda do Campo para que elas se abstivessem de praticar reajuste de tarifas, até que estivessem cumprindo as metas de qualidade mínima, estabelecidas pela Anatel. A ação foi julgada procedente em 1a. instância, deixando a Telefônica de ganhar, durante os 6 meses em que ficou suspenso o reajuste, R$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais), o que significou economia e respeito para o consumidor.

Recuperação do chamado "Empréstimo Compulsório": Uma das primeiras batalhas travadas pelo IDEC foi contra o governo federal, exigindo judicialmente o reembolso dos valores pagos compulsoriamente na aquisição de combustível, viagem e automóveis. As primeiras ações começam a chegar ao fim e o Idec já devolveu mais de R$ 220.350,00 a seus associados.

Na esfera extra-judicial o IDEC também é atuante e logrou bastante êxito.

Fim do leite tipo C: Um teste de âmbito nacional realizado pelo Idec em 1999 mostrou que o leite tipo C tem um padrão de qualidade inaceitável. A partir do teste

o Ministério da Agricultura prometeu acabar até 2002 com o padrão de classificação A, B e C, que darão lugar a um só tipo de leite pasteurizado.

Melhoria dos telefones públicos: O Idec realizou pesquisa com os telefones de uso público das cidades do Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba, e enviou os resultados para as empresas de telefonia e para a Anatel. A pesquisa constatou que havia algumas exigências da Agência que não estavam sendo cumpridas pelas empresas, como as informações presentes nos cartões telefônicos e a falta de aparelhos para deficientes físicos. As empresas providenciaram os reparos necessários apontados pelo resultado da pesquisa. A Telefonica, em São Paulo, já está veiculando nos novos cartões as informações sobre utilização dos pulsos, como sugeriu o Idec.

Redução significativa da taxa de religação da água: O Idec encaminhou reclamações à Sabesp a respeito do abusivo valor de R$ 143,00 cobrando a título de taxa de religação de fornecimento de água para usuários inadimplentes. A Sabesp alterou o valor para R$ 35,59.

Nova norma técnica para segurança de playgrounds: Em 1995, o IDEC publicou uma pesquisa mostrando a falta de critérios e normas de instalação e manutenção de parques e playgrounds, que expõem as crianças a acidentes e ferimentos graves. Depois disso, a ABNT -Associação Brasileira de Normas Técnicas- organizou os setores interessados para elaborar uma norma que garantisse mais segurança para as crianças.

Aprimoramento da norma sobre água potável: O Idec deu uma série de contribuições para a reformulação da portaria número 36, que dispõe sobre a potabilidade da água, introduzindo importantes mecanismos de defesa dos direitos dos usuários.

### 4.2.2 ABRACON - Associação Brasileira do Consumidor

A Associação Brasileira do Consumidor foi fundada em 16 de julho de 1997 com intuito de promover a defesa dos interesses e direitos dos consumidores.

Em virtude da crescente demanda por ações individuais, a ABRACON somente ajuíza Ações Coletivas ou Civis Públicas, defendendo assim, de uma só vez, os interesses de seus associados e de toda uma coletividade.

A ABRACON não está vinculada ao governo nem a empresas ou partidos políticos, sua sustentação provém principalmente de seus associados, que pagam uma anuidade em troca de benefícios recebidos.

A ABRACON é a única representante no Estado do Rio de Janeiro do FNECDC - Fórum Nacional das Entidades Civis de Defesa do Consumidor, reconhecida pelo Ministério da Justiça e participante ativo do SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, em pleno uso de suas prerrogativas das Leis nos. 7.347 e 8.078.

Tem como objetivo buscar o equilíbrio ético nas relações de consumo, através da educação e conscientização do consumidor, aumentando sua participação e seu acesso à Justiça. O aprimoramento e implementação da legislação de defesa do consumidor, assim como garantir a vigência dos direitos já estabelecidos. A melhoria da qualidade de vida de toda uma sociedade, mais participativa e atuante.

Para atingir seus objetivos, a ABRACON promove campanhas pela melhoria das relações de consumo no país, mobilizando a opinião pública, pressionando governos e empresas ou atuando pela via judicial. Também participa de foros nacionais que definem normas de qualidade dos produtos, influenciando a adoção ou a alteração de regulamentos para o benefício dos consumidores. Além disso, mantém o sítio, www.abracon.org.br de divulgação, informando e auxiliando aos consumidores do Brasil. Abaixo a detalhes de algumas ações já realizadas pela ABRACON e também ações que ainda estão em andamento.

A – Ação coletiva. Processos 2001.001.057053-7 e 2001.001.058370-2 - 6a. Vara Empresarial, de Falências e Concordatas do RJ. Réus: Cartões de Crédito DINERS, CREDICARD, VISA e MASTERCARD. ABRACON pleiteia que os valores de remuneração da garantia prestada, pelo serviço da administração do financiamento e do custo do financiamento, sejam informados aos seus consumidores mensalmente na fatura. - Distribuída em 18/12/01. Aguardando decisão de 1ª. instância.

B – Ação coletiva. Processo 2001.001.06477-0. 7a. Vara Empresarial, de Falências e Concordatas do RJ. Réu: PEGEOUT - CITRÖEN DO BRASIL S/A. Abracon move ação contra publicidade abusiva da Pegeout-Citröen, que através de um anúncio, induz os consumidores ao comportamento de risco, comemorando e

exaltando a alta velocidade. Distribuída em 28/05/01. Aguardando decisão de 1ª. Instância.

C – Ação coletiva. Processo 008.00.014303-8/0000, 1ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Blumenau. Abracon move ação contra Brasil Telecom S.A. por esta ter violado os direitos básicos do consumidor quando fechou o posto de atendimento do município de Blumenau. Resultado da ação: Reabertura e divulgação do endereço do posto de atendimento. Distribuída em 20/08/00.

D – Ação coletiva. Processo 15.576-5. 6a. Vara Cível de São Gonçalo. Abracon move ação contra Telemar objetivando a reabertura da loja de atendimento pessoal aos usuários da cidade de São Gonçalo, que foi desativada para dar lugar a serviço de "Call Center". Distribuída em 09/08/00. Aguardando decisão de 1ª. instância.

E - Ação civil pública. Processo 2000.001.085408-2, 1a. Vara de Falência do RJ. Abracon moveu ação contra Fuji Photo Film porque esta desrespeitou valores ambientais, explorando indevidamente a imagem de uma tartaruga, que aparecia, num anúncio, carregando três caixas de madeira empilhadas sobre seu casco atadas por cordas sob seu ventre. A Fuji Photo Film, reconheceu seu erro, preferiu acordo e doou o valor de R$ 10.000,00 para o Programa de Proteção e Pesquisa das Tartarugas Marinhas, o projeto TAMAR da Bahia. Distribuída em 23/06/00.

F – Ação coletiva. Processo 98001168064-6. 1a Vara de Empresarial, de Falências e Concordatas do RJ. A ABRACON move ação contra o Banco Dibens - um dos bancos do conglomerado Unibanco - que opera na área de crédito para aquisição de veículos, porque este possui em seu contrato para o crédito, cláusulas correspondentes a capitalização de juros, encargos moratórios, honorários advocatícios extrajudiciais e estipulação unilateral que impede contratação de seguro por consumidor com 70 anos ou mais. O que lesa diretamente os direitos do consumidor. Abracon obteve na 1ª Vara Empresarial, no dia 08 de abril de 2002 a sentença que declara nula as cláusulas citadas acima, e deverá ressarcir, em dobro e com correção monetária e juros legais, os valores cobrados indevidamente de seus associados. Distribuída em 25/09/98. O Banco recorreu, aguardando decisão.

Como se viu, a ABRACON também é atuante. Lembrando que não são só essas as ações promovidas pela ONG. Percebe-se que os resultados ainda são mais tímidos o que se espera sejam revertidos pois há ainda muitas ações aguardando decisão.

### 4.2.3 ADOC – Associação de defesa e orientação do Cidadão

A ADOC – Associação de Defesa e Orientação do Cidadão é uma entidade civil, de finalidade social, sem fins lucrativos, reconhecida de Utilidade Pública Estadual (Lei nº 7.261/79) e de Utilidade Pública Municipal (Lei nº 8.858/96). A associação tem abrangência em todo o território nacional.

Fundada em 26 de outubro de 1976, na cidade de Curitiba-PR, é uma das entidades pioneiras que atuam na área de defesa do cidadão no Brasil, e hoje é a mais antiga entidade de defesa do consumidor/cidadão em funcionamento.

A ADOC tem como propósitos e atribuições estatutárias, a defesa e orientação do cidadão enquanto consumidor, contribuinte ou qualquer assunto que diga respeito à sua cidadania.

Atua contra todo e qualquer ato que, de alguma forma, venha a agredir, intimidar ou restringir o cidadão como indivíduo ou coletividade, em suas relações com o meio social, em seu direito à liberdade, igualdade, educação, saúde, meio ambiente, patrimônio, entre outros.

Nestes 29 anos de existência a entidade alcançou importantes resultados em prol da cidadania, quer seja através de campanhas públicas ou de ações judiciais, bem como através de convênios e intercâmbio de informações com outras entidades do Brasil e exterior.

Para preservar sua liberdade e independência a ADOC não aceita contribuições financeiras de empresas ou governo, mantendo-se com as contribuições de seus associados, ou programas oficiais que não comprometam sua forma de agir.

A ADOC faz parte do Conselho Diretor do Fórum Nacional das Entidades Civis de Defesa do Consumidor. O Fórum tem por finalidade o fortalecimento do movimento de consumidores, através de intercâmbio de informações e atuação conjunta em todo o Brasil.

Dentre as várias ações coletivas e civis públicas promovidas, destaca-se:

A - Está tramitando na Justiça Federal em Curitiba (Vara Federal do Sistema Financeiro da Habitação) a Ação Civil Pública n.º 2001.70.00.007834-2, distribuída em 26/05/2001, em que são Réus a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BANCO BRADESCO, BANCO ITAÚ e BANESTADO CRÉDITO IMOBILIÁRIO, requerendo a

revisão dos contratos dos mutuários do SFH. Os pedidos formulados na ação judicial, em suma, referem-se à: 1. Revisão do reajuste do saldo devedor no mês de março de 1990, para os contratos assinados após o dia 13.03.1990 (substituição dos 84,32%); 2. A declaração de nulidade das cláusulas contratuais que prevêem a atualização monetária do saldo devedor pela Taxa Referencial - TR (substituição da TR pelo INPC até a implantação do redutor); 3. Forma de cálculo da parcela de amortização (dedução do saldo devedor antes de se verificar o reajustamento do referido saldo pelo índice de correção fixado em contrato); 4. proibição da cobrança de juros sobre juros (anatocismo); e 5. Restituição dos valores pagos a maior, em decorrência dos recálculos e estornos que forem reconhecidos pela sentença. Processo e,m fase probatória.aguardando decisão judicial.

B - Em julgado, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná proibiu a cobrança de juros superiores a 1% ao mês pelas administradoras de cartão de crédito que são Rés na Ação Civil Pública ajuizada pela ADOC. A ação (autos n.º 926/2000 da 20ª Vara Cível de Curitiba) questiona a legalidade dos juros cobrados e de outros procedimentos de 10 administradoras de cartões de crédito, sendo que a sentença havia sido desfavorável ao consumidor, sob o argumento de que as administradoras podem cobrar os chamados "juros de mercado", ou seja, sem qualquer limitação. A ADOC apelou ao Tribunal e a sentença foi reformada. No julgamento dos embargos de declaração o Tribunal decidiu pela "limitação da taxa de juros em 12% ao ano, nos termos da norma do art. 1.º, caput, do Dec. n.º 22.626/33."

Porém, esta decisão ainda não é definitiva, uma vez que ainda cabe recurso às instâncias superiores em Brasília.

## 4.3. Síntese

Em resumo, destaca-se que a participação das ONGs aqui apresentada serve para corroborar a proposta central desse estudo, ou seja, que pode ser incrementado o acesso à justiça através da sociedade civil organizada.

Como visto, as ONGs oferecem a oportunidade de maior participação dos indivíduos, sem necessariamente ser direta, e mais, uma diminuição de tempo e

dinheiro para estes e para o Estado, facilmente comprovado pelas ações impetradas por essas ONGs.

Em fechamento deste item pode-se perceber que é viável a proposta desse estudo, ou seja, que a sociedade civil organizada pode promover o acesso à justiça.

# PARTE III

# O PROCESSO COLETIVO E ACESSO À JUSTIÇA

*"(...) a garantia constitucional não se resume na tutela da acionabilidade dos direitos; não basta assegurar o direito de pedir o provimento jurisdicional, se não se garante também a obtenção da tutela; esta não se exaure no direito de ação, mas compreende o exercício das atividades processuais que visam provar o fundamento da pretensão. Negar ou limitar a parte o poder de provar a justeza da pretensão significa, na prática, negar-lhe ou limitar-lhe a possibilidade de agir processualmente para obter a tutela jurisdicional, no caso concreto"* [340]

[340] Ada Pellegrini Grinover. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p 107

# 1
# NECESSIDADE DE UMA UNIDADE SISTEMÁTICA LEGISLATIVA

Será abordado, a seguir, de forma genérica os aspectos procedimentais nas ações de interesses coletivos na tutela coletiva.

Também, será discutido a atualidade do processo civil tradicional, pautado em grandes codificações o qual foi construído, dogmática e legislativamente, para a solução de demandas singulares. O descompasso das normas codificadas com a emergência de direitos coletivos empurrou o legislador à formação de microssistemas procedimentais, que, ostentando regras específicas, gravitam em torno do Código de Processo Civil.

Em que pese esses diplomas legais esparsos façam remissão à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, é inegável a perplexidade que a *práxis* revela em algumas questões que envolvem as ações coletivas, mormente no que diz respeito à legitimidade, à litispendência, à coisa julgada e à execução do julgado.

As ações coletivas, como um todo, ressentem-se de uma ordem sistemática unitária, de modo a não obrigar o operador jurídico a um esforço, muitas vezes inútil, em busca de uma solução lógica e coerente com as exigências dessa espécie de litígio.

Antonio Gidi[341] registra a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre o processo individual e o coletivo, de forma a não se jogar *"(...) por terra séculos de construção jurídica em não aplicando (ou em se mal aplicando) preceitos do direito tradicional plenamente compatíveis"*. E, ainda, cita o complexo de regras que disciplinam a coisa julgada no CPC, em que alguns dispositivos são plenamente aplicáveis às ações coletivas; outros, somente com algumas adaptações, exigindo sensibilidade política e preparo intelectual na análise de cada dispositivo."

De *lege ferenda*, o ideal seria uma melhor estruturação legislativa das ações coletivas, estabelecendo-se, seja através de um capítulo no CPC, seja por um diploma legal específico, um regramento apto a incidir em todas as hipóteses de demandas metaindividuais. Se há uma sistematização processual (CPC) eminentemente direcionada à solução de litígios individuais, não mais se justifica que não se faça o mesmo para fazer frente à pletora de controvérsias acerca de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O desencadeamento lógico, rápido e efetivo do processo, ideal a ser buscado por todos os que se debruçam no estudo da ciência processual, reclama como ponto de partida uma unidade sistemático-legislativa, de modo a melhor instrumentalizar as soluções de problemas práticos.

[341] *Coisa julgada e Litispendência em ações coletivas*, p. 113.

# 2
# DA AÇÃO COLETIVA E ACESSO À JUSTIÇA

## 2.1 Comentários preliminares

Os conflitos de interesses são inerentes ao ser humano. Nos Estados democráticos adota-se, para a solução desses conflitos, a mediação da jurisdição estatal, solução esta resultado de vários estágios de evolução. Assim, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, o Estado:

> *"(...) já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição"*[342]

Diz-se, assim, que a jurisdição é uma atividade de substituição da vontade das partes[343], ou seja, haveria uma substituição, por uma atividade pública, de uma atividade alheia, na qual o órgão jurisdicional pronuncia-se sobre a relação jurídica alheia, substituindo as partes na determinação na decisão.

José de Albuquerque Rocha[344] tece críticas ao critério da substituição de atividades como nota individualizadora da jurisdição:

> *"(...) a afirmação de Chiovenda, repetida sem muito senso crítico pelos processualistas, de que a nota discriminatória da jurisdição residiria na*

---

[342] Ada Pelegrini Grinover, *et. al. Teoria geral do processo.* 11ª ed. (revista e ampliada). São Paulo: Malheiros, 1995. p. 23.

[343] Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil.* Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 26.

[344] José de Albuquerque Rocha. *Teoria geral do processo.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-16

*circunstância de ser uma atividade de substituição da atividade alheia, padece de um equívoco básico, qual o de admitir atividades que seriam próprias do Estado em oposição a atividades que seriam próprias dos indivíduos e dos grupos sociais".*

Na verdade, prossegue o jurista,

*"(...) todas as atividades exercidas pelo Estado, em qualquer época, são atividades primárias dos indivíduos e grupos sociais em que se integram (...)".* Portanto, *"(...) a substituição não é um elemento particular da jurisdição, mas comum a qualquer atividade do Estado".*

A atividade jurisdicional, em sua forma final, teria, então, como instrumento de atuação, o processo. A relação processual que se forma com o processo possui a natureza triangular, tendo como sujeitos o autor, o réu e o juiz, ou seja, a relação não se forma só entre autor e réu (concepção linear do processo), mas também entre o juiz, o qual possui deveres e poderes que o vinculam às partes. Os vínculos processuais que surgem não são apenas entre juiz e autor e juiz e réu, pois a relação instaura-se também entre o autor e o réu.

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

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

Como defende Luiz Guilherme Marinoni[345] :

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

A grande maioria dos litígios, aliás, nem mesmo chega ao conhecimento do poder estatal. A autotutela, mesmo fora dos casos em que é legalmente permitida,[346]

---

[345] *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 76.

[346] Podem ser exemplificados os seguintes casos em que existe, legalmente, a autotutela: No código civil vigente, encontramos o direito de retenção (Arts. 1.219, 1.433, 1434, 578, 644 etc), o "desforço imediato" (art. 1.210), o penhor legal (art. 1.467), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassam a extrema do prédio (art. 1.297), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, pode-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados

é utilizada em larga escala pelas camadas "marginalizadas" da sociedade (lembramos os casos de pistolagem, chacinas, linchamentos etc).

A autocomposição, por sua vez, a cada dia vem sendo mais estimulada pelo próprio Estado, que não mais consegue solucionar satisfatoriamente todos os conflitos que lhe são apresentados.

A arbitragem, no caso dos direitos disponíveis, torna-se, agora mais do que nunca, tendo em vista a edição da Lei n° 9.307/96 (Arbitragem), um meio de se conseguir uma solução mais dinâmica aos conflitos de interesses multicomplexos da atual sociedade "globalizada", que tem no signo do efêmero a sua nota essencial.

Ninguém consegue mais aguardar anos e mais anos por uma resposta estatal que precisaria ser dada em poucos dias, ou até mesmo em poucas horas.

Assim, apesar de ser correto dizer que, sob esse aspecto sociológico, a jurisdição ainda é um modo excepcional de solução de conflitos, não se pode olvidar que ela é a forma institucionalizada, isto é, afora os casos de arbitragem, autotulela e autocomposição permitidas pelo próprio Estado, a única forma autorizada de se dirimir conflitos é por meio da jurisdição, que é uma manifestação de exercício do poder.

Assim, em razão de o Estado, salvo as raras exceções legais, proibir a autotutela, tipificando, inclusive, como crime "fazer justiça com as próprias mãos" surge, em contrapartida, a necessidade de armar o cidadão com um instrumento capaz de levar a cabo o conflito intersubjetivo em que está envolvido.

Esse direito é exercido com a movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional, por meio do direito de petição e de ação.

## 2.2 Direito de petição

Alexandre de Moraes,[347] define o direito de petição como:

> *"(...) o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação"*, e tem por finalidade dar *"(...) notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas adequadas"*.

---

como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 188, 929 e 930).

[347] *Direitos humanos fundamentais*. 5ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 195.

O Direito de petição, que não se confunde com o direito de acesso à justiça, mas está dentro deste, é, notadamente, originado na Inglaterra por meio do *right of petition*. No novo continente, foi previsto na declaração da Pensilvânia de 1776, art. 16, bem como na Constituição francesa de 1791, art. 3º.

Encontramos na Constituição brasileira vigente, o direito de petição independente do pagamento de taxas, como diz o art. 5º, XXXIV, *a*, *in verbis*: *"O direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder"*.

Denota-se que não há qualquer limitação desse direito ser exercido de forma individual ou coletiva.

Destaca-se que o direito de petição é de caráter informal, mas expresso, e deve ser encarado como instrumento de participação fiscalizatório dos atos do Estado na defesa da legalidade constitucional e do interesse da coletividade.

No inciso LXXVIII do mesmo art. 5.º da CF,[348] assegura que, *in verbis*:

> *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*.

Esse direito é uma forma constitucional de obrigar autoridades públicas a examinarem e a responderem em prazo razoável, mas não as obrigando a adotarem as medidas para sanar o objeto da petição, mas, posteriormente, poderá haver a devida ação de responsabilidade ao servidor omisso.[349]

Esse direito não se confunde também com o Direito de ação.[350] Como já dito, possui utilidade de assegurar a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de apresentar reclamação aos Poderes públicos, bem como ao Ministério Público, contra ilegalidade ou abuso de poder.

---

[348] Inciso acrescido por força da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

[349] Alexandre de Moraes. Op. cit. p. 196.

[350] "O exercício do direito de petição junto aos poderes públicos, de que trata o art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição, não se confunde com o de obter decisão judicial a respeito de qualquer pretensão, pois para esse fim é imprescindível a representação do peticionário por advogado" (STF - Pleno – Agravo regimental em petição nº 762/BA – rel. Min Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 abr. 1994, p. 7.240).

## 2.3 Direito de ação

Em sua acepção positiva, o direito à ação encontra guarida no art. 5º, XXXV, da Constituição, *in verbis: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, sendo, portanto, corolário do princípio do amplo acesso à justiça e do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ambos termos já estudados em capítulo anterior, e, nesse ponto, algumas observações podem, ainda ser feitas à redação do citado texto constitucional, veja-se.

Primeiramente, o termo *lei* (a *lei* não excluirá) pode ser interpretado extensivamente, para incluir todos os atos descritos no art. 59, da CF que tenham como finalidade excluir da apreciação, por parte do Poder Judiciário, o direito de ação ou certas matérias.

Ademais, o dispositivo não deve ser entendido apenas como um comando ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, mas, sobretudo ao Poder Judiciário. Explica-se: se for certo que nem o Legislativo pode editar leis que excluam, de modo desproporcional, o controle judicial de determinados atos, nem o Executivo pode promulgar medidas provisórias ou outros atos normativos limitando desproporcionalmente a fiscalização jurisdicional; é igualmente certo que o próprio Poder Judiciário não se pode furtar de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, de qualquer espécie que seja.

Daí a adoção do princípio do *non liquet* (ou da indeclinabilidade), pelo qual o magistrado não pode deixar de julgar, isto é, mesmo que nada tenha ficado provado, ainda que o juiz não tenha condições de dizer quem tem a razão, ainda que ignore qual das partes o está enganando, tem o magistrado o dever de se pronunciar.[351]

A par disso, é de se anotar que a palavra *direito* (lesão ou ameaça a direito) também diz menos do que a abrangência do dispositivo pretende alcançar. Embora já tenha avançado em relação às constituições anteriores que se referiam apenas a "direito individual", impõe-se que seja entendido que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário não apenas a lesão ou ameaça *a direito*, mas também lesão ou ameaça a *interesses legítimos*, que são aqueles que, embora não constituam direitos subjetivos em sua clássica acepção, merecem a proteção estatal, como por exemplo, o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, direito

[351]Rui Portanova. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. p. 92.

este que não possui um titular determinado, pois tem o próprio gênero humano, como um todo, seu destinatário.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni,[352]

*"(...) a complexidade da sociedade moderna, com intricado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui um fenômeno cada vez mais amplo e freqüente na sociedade contemporânea. Se vivemos em uma sociedade de produção e de consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado processo de massa para tutelar os conflitos emergentes".*

Relembra-se que estamos vivendo a terceira e quarta dimensões dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o direito de ação perde aquele caráter negativista, onde seria apenas um comando proibitivo ao Legislativo (*a lei não excluirá*), para alcançar uma acepção positiva, abraçada ao princípio da igualdade e da solidariedade, e que gera ao Estado, em sentido amplo, o dever irrecusável de prestação.

Como ensina Amílton Bueno de Carvallho:[353]

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

Dessa forma, José de Albuquerque Rocha[354] defende que:

*"(...) o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional".*

A tomada de consciência de que o processo não pode ser pensado à distância do direito material e da sociedade a que serve, explica Luiz Guilherme Marioni [355], reflete-se, hoje, na doutrina que raciocina em termos de "tutela de direitos" e se preocupa em construir técnicas de tutela capazes de permitir uma efetiva, e não meramente formal proteção do direito material.

---

[352] Op. cit. *Novas linhas...* p. 87.
[353] *Papel de juízes na democracia.* Porto Alegre: Revista da Ajuris, n.º 70, 1997. p. 367.
[354] *Teoria geral do processo.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 185.
[355] Op. cit. *Novas linhas...*p. 41.

Hoje, tem-se que o direito processual, e, portanto, o direito de ação, não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento volvido ao objetivo da tutela do direito substancial, público e privado; está, por assim dizer, "ao serviço" do direito substancial, do qual tende a garantir efetividade.[356]

A ação, além de representar-se como um elemento fundamental da ordem constitucional, de suma importância para a garantia dos demais preceitos normativos, é um verdadeiro *direito subjetivo*, exercido contra o Estado, mas que obriga igualmente o réu a comparecer em juízo (daí, dizer-se que a ação é igualmente um direito potestativo), quer se trate de um direito substancialmente fundado, quer se afirme um direito material na realidade inexistente.

Como ensina Ada Pelegrini Grinover:[357]

> *"(...) o 'mito da ação', sempre considerado do ponto de vista do autor, como possibilidade de movimentar o processo, há de ser substituído pela experiência, que leva a considerar a ação com vistas às múltiplas posições subjetivas: para FAZZALARI, a ação apresenta-se como situação jurídica composta, ou seja, como o conjunto de poderes, faculdades e deveres do autor, do réu e do juiz, no processo".*

Vê-se, pois, que o próprio exercício do direito de defesa do réu pode ser considerado como manifestação do direito fundamental de ação.

Importante salientar que o fato de ser o direito de ação um direito fundamental, não desobriga o interessado na prestação jurisdicional às condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos, requisitos objetivos e genéricos, que não limitam, mas, sim, regulamentam o acesso à justiça.

Vale lembrar também que não se deve confundir negativa da prestação jurisdicional com a carência de ação, extinção de punibilidade ou prestação contrária à pretensão da parte. [358]

Por fim, inexiste a obrigatoriedade do esgotamento de todas as vias administrativas como condição para se pleitear o acesso ao Judiciário. Tendo nossa vigente Constituição afastado a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, exceto nos casos da justiça desportiva. Assim, "(...) *não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao*

---

[356] Mauro Cappeletti. A Ideologia no processo civil. Porto Alegre: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 13 1969. p. 17.
[357] Op. cit. *A Marcha do* ..... p. 11.
[358] Alexandre de Moraes, op. cit. p. 198.

*esgotamento da via administrativa como ocorria no sistema revogado* (CF/67, art. 153, § 4º)" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade).[359]

Pode-se dizer, em síntese, que o direito à ação é um direito fundamental de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e justa, respeitando-se, no mais, os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, juiz natural, entre outros).

## 2.4 A era principialista

A relação existente entre o Processo e a Constituição é por todos conhecida, mormente em face da "constitucionalização" de diversos "princípios processuais", já anteriormente citados.

Percebe-se, facilmente, uma "constitucionalização", ou uma tendência de constitucionalizar vários institutos que outrora eram tipicamente pertencentes a outras disciplinas jurídicas infraconstitucionais.

Realmente, no atual estágio de evolução da ciência jurídica, a Constituição ocupa papel preponderante. O Direito Constitucional deixou de ser uma matéria de menor importância, passando a sobrepairar-se às demais. Vai surgindo a teoria material e substantiva da Constituição, reformulando a teoria positivista do Estado meramente formal, onde a lei é utilizada de forma reacionária, como instrumento de manutenção do *status quo*.

A *Nova Hermenêutica* parece cada vez mais presente na formação jurídica dos operadores do Direito, cristalizando um aclamado *sentimento constitucional*. A função do direito, percebe-se, passa a ser de tornar efetivos os direitos constitucionais assegurados às classes menos favorecidas, sempre com vistas à redução das desigualdades sociais (art. 3º, da CF/88). Essa nova concepção do direito, que se irradiou por todos os ramos da ciência jurídica, atingiu intensamente a Teoria Geral do Processo, permitindo, segundo Enrico Tullio Liebman, citado por Ada Pelegrini Grinover,[360] que o processo se transformasse de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade.

---

[359] *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137.

[360] *Teoria geral do processo*, 11ª ed. (revista e ampliada). São Paulo: Malheiros, 1995. p. 13.

J. J. Calmon de Passos [361] acentua que,

*"(...) o processo experimentou, nos últimos dois séculos, transformações marcantes, que o trouxeram do limbo do formalismo da velha praxe para a privilegiada posição de garantia constitucional, talvez a mais eminente de todas elas, porque asseguradora da efetividade das demais. De um amontoado casuístico de fórmulas e formalidades, alçou-se a condição de conhecimento sistemático, merecedor de tratamento científico, culminando, em nossos dias, a realização do direito e a segurança dos indivíduos na convivência social, e necessário ao Estado autolimitado em seu poder de ordenação da sociedade, que denominamos de Estado de Direito".*

O jurista, em face de todo esse avanço do Direito Constitucional, não deve interpretar as normas constitucionais a partir das noções tradicionais do processo, sob pena de subverter o princípio de hierarquia, perpetuando as velhas "concepções" sobre o processo, o que redunda em restringir a força inovadora inerente aos princípios constitucionais, amarrando o futuro ao passado.[362]

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

A sociedade luta contra esse regime e, é nessa época que surgem estudos primorosos do direito processual, na solução de um ordenamento jurídico mais justo e participativo.[363]

Não é de se estranhar, portanto, que nossa Constituição Cidadã dedicasse, em seu texto, inúmeros dispositivos de direito processual, ecoando os clamores mais avançados dessas *ondas renovatórias* que inspiraram profundamente os legisladores constituintes na elaboração da Carta Magna de 88.

E mais: esses dispositivos, doravante, passam a ocupar o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua especial posição topográfica dentro do sistema constitucional (se antes os princípios processuais, juntamente com os direitos e garantias individuais, ficavam nos últimos artigos da Constituição, agora eles se situam, basicamente, no art. 5°).

Na lição de Ada Pelegrini Grinover *et al,* [364]

*"(...) a vigente Constituição da República é particularmente voltada aos aspectos processuais da estrutura política e jurídica da nação, seja ao tornar*

---

[361] *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.* Rio de Janeiro. Forense, 1990. p. 131.

[362] Fernando Luiz Ximenes Rocha, *Direitos fundamentais na Constituição de 88.* n° 2, São Paulo: Themis Revista da Esmec, 1998. p. 56. v. 1.

[363] Sobre a participação no processo, Ada Pellegrini Grinover *et al.* op. cit. 1988. p. 58.

[364] Op. cit. p. 15.

*explícitos os princípios e garantias constitucionais do processo, seja ao reforçar o arsenal de medidas integrantes da chamada jurisdição constitucional, seja enfim ao dar trato novo e específico a vários pontos da organização judiciária".*

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

É de notório conhecimento que, mesmo antes de 1988, nossas Constituições já albergavam alguns princípios, ainda que timidamente, os princípios do contraditório e da ampla defesa eram restritos ao processo penal. Ada Pellegrini Grinover[365] após afirmar que a defesa protegida constitucionalmente dizia respeito unicamente ao processo penal, esclarece que os constitucionalistas não poderiam extrair do texto outra interpretação, que não a referida.

Porém, a jurisprudência, por várias vezes, já havia consignado que esses princípios também deveriam ser observados no processo civil e no processo administrativo, principalmente os disciplinares.

No entanto, a partir do momento em que a Constituição foi *promulgada*, em 1988, o ordenamento jurídico até então vigente foi completamente renovado, e a nova mentalidade voltada à democracia material incorporada ao texto magno impôs uma reavaliação e uma reformulação desses conceitos e princípios.

Isso porque, como explica Cândido Rangel Dinamarco,[366] os princípios que se irradiam na Constituição, *"(...) não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal".*

Na realidade, a Constituição brasileira vigente apenas seguiu uma tendência de constitucionalizar as garantias processuais, com vistas a possibilitar a *efetividade do processo.*

Essa constitucionalização do direito processual, como informa Cândido Rangel Dinamarco ,[367] é:

*"(...) forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta a firme tendência central no sentido de*

---

[365] *A Marcha do processo.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.129.
[366] *A Instrumentalidade do processo.* 4ª. ed. (revista e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.
[367] Op. cit. p. 57.

*entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial".*

Impõe-se, em face dessa nova mentalidade que vem surgindo em torno do processo, um comportamento mais "humano" e "social" do jurista, diante da concretização dos direitos fundamentais, sobretudo por estarmos vivendo a terceira e quarta dimensões desses direitos, fundados nos *princípios de solidariedade e fraternidade* entre os povos, e que têm no gênero humano o seu destinatário principal.

Essa pesada "carga" socializante do direito e do processo, exige uma perspectiva "molecularizada" por parte do processualista, que deve afastar a antiga visão "atomizada" de outrora, mas que ainda se encontra impregnada em nossos códigos.[368]

Em outras palavras, *"(...) os novos valores sociais impõem a derrubada de velhos dogmas do Direito Civil".* [369]

## 2.5 Do processo individual ao coletivo

O processo coletivo não reflete apenas a evolução da vertente processual da ciência jurídica; as demandas coletivas significam bem mais do que a simples projeção, no processo, das relações massificadas que hoje imperam de forma inexorável.

O embate judicial em prol de coletividades, no que se refere a essas relações de massa, tende a deixar apenas como fonte de pesquisa histórica os litígios de desproporções subjetivas, em que uma das partes se encontra em evidente desvantagem frente ao litigante experiente e preparado previamente para o litígio.

A visão do processo coletivo permite, isto sim, a abertura de um canal para o exercício da cidadania em benefício daqueles que, por contingências sociais, não têm acesso à justiça. Longe de serem fruto de uma visão pessoal, portanto, as transformações processuais retratam as gerais tendências do mundo contemporâneo e pós-moderno.

---

[368] Essa dicotomia entre molecularização/atomização é utilizada por Kazuo Watanabe. (op. cit. p.78).
[369] Galeno Lacerda, *O Código e o formalismo processual*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, 1983. p. 50

Aos que se ocupam com o estudo da ciência do processo remanesce, em face dessa realidade, a dignificante tarefa de instrumentalizar e funcionalizar o sistema processual de forma a melhor atender aos reclamos desses novos tempos.

Durante séculos o Direito permaneceu rigidamente dividido entre o público e o privado. A polarização social se dava entre o indivíduo e o Estado e não se podia cogitar de entidades que ameaçassem o monopólio estatal.

Com o advento da Revolução Industrial e a eclosão de uma nova "sociedade de massas" deu-se o questionamento desses valores tradicionais, individualistas. Como aborda Rodolfo de Camargo Mancuso.[370]

> *"(...) nessa sociedade de 'massa' não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos em que se decompõe a sociedade; não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e, como tais, normatizados".*

As palavras de José Ortega y.Gasset[371] retratam a massificação inexorável da vida social, verificável visualmente pelo fato da aglomeração, *"do cheio"*.

> *"As cidades estão cheias de gente. As casas cheias de inquilinos. Os hotéis cheios de hóspedes. Os trens cheios de viajantes. Os cafés cheios de consumidores. Os passeios cheios de transeuntes. As salas dos médicos famosos, cheias de enfermos. Os espetáculos, desde que não sejam muito extemporâneos, cheios de espectadores. As praias cheias de banhistas. O que antes não era problema, começa a sê-lo quase de contínuo: encontrar lugar."*

Esse fenômeno oferece oportunidade ao surgimento de uma nova gama de direitos, de natureza transindividual, não apenas escorados na propriedade, mas também na ética do consumo, no meio ambiente íntegro, na proteção das coletividades inferiorizadas no meio social (deficientes físicos, crianças, idosos, mulheres, negros etc.), que se distanciam do protagonismo meramente individual.

O Direito, a despeito de concepções teóricas direcionadas a afastar os elementos que maculam a sua pureza metodológica,[372] voltado à regulação da vida social, sofre o implacável influxo dos movimentos históricos. E o processo, compartimento da ciência jurídica que instrumentaliza a concretização das regras

---

[370] *Interesses difusos* – conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 23.

[371] *A rebelião das massas*. Rio de Janeiro: Livro Íbero-Americano, 1959. p. 56.

[372] É nesse sentido que Hans Kelsen (*Teoria pura do Direito*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 2), propõe em síntese, uma ciência jurídica sem a ingerência da psicologia, da sociologia, da ética e da teoria política, que obscurecem a sua essência e diluem os limites que são impostos pela natureza do seu objeto.

abstratamente estabelecidas, também deve acompanhar as alterações histórico-sociais.

Entretanto, a legislação processual, só muito lentamente, tem acompanhado essa tendência de coletivização das demandas e reivindicações. Faz-se urgente, todavia, a mudança desse estado de coisas. Como sintetiza Rodolfo de Camargo Mancuso:[373]

> *"(...) Já há algum tempo, o pensamento jurídico mundial vem se conscientizando de que a outorga de tutela jurisdicional restrita a certas situações diferenciadas, ditas direitos subjetivos, representa uma postura restritiva e até elitista, na medida em que restam protegidos os valores relativos ao ter, ao patrimônio, ao poder, em detrimento dos valores maiores, ou sociais, atinentes ao ser, à pessoa como tal, à coletividade. Parece claro que é chegado o momento de uma nova 'ruptura' para o processo civil, ante o acesso à Justiça dos interesses difusos. A primeira ruptura, como se sabe, deu-se com a constatação de que o interesse processual é distinto do interesse material (embora este seja subjacente àquele); agora, trata-se de uma nova ruptura: em se tratando de interesse metaindividuais, o interesse processual será buscado em dados objetivos: a relevância social; a conflitualidade típica dos interesses difusos, a identificação da pessoa que age, com o segmento social, grupo ou categoria, a constatação de que o interesse em causa não está sendo tutelado na instância administrativa adequada: tudo isso justifica a necessidade de um 'momento judiciário' para que esses interesses sejam reconhecidos e saiam do 'limbo jurídico' a que por tanto tempo se viram relegados."*

A ciência do direito processual surgiu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo-individualista,[374] que tivera como fonte precípua a Revolução Francesa. O ideal revolucionário projetou um direito de cunho predominantemente individualista, de forma a permitir ao homem o gozo do máximo de liberdade. É com esse intuito que foi editado o código napoleônico.

Efetivamente, o Código Civil francês de 1804

> *"(...) reflete a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade econômica e social, baseada na família e na propriedade. Mantém-se a abolição dos direitos feudais; é garantida a liberdade civil de todos os indivíduos: liberdade de contratar, de testar etc".*[375]

Já o *Code de Procédure Civile* de 1806, na França, instituiu um processo de forma simples e racional, destituído de formalidades inúteis. O código processual

---

[373] Op. cit. *Interesses difusos...* p. 28.

[374] José Carlos Barbosa Moreira, A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 6.

[375] Jonh Glissen. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 454.

francês – convém destacar – teve no século XIX uma decisiva influência sobre os ordenamentos processuais de toda a Europa continental. [376]

Como reflexo da concepção ideológica então dominante, o processo civil era considerado coisa privada das partes envolvidas no litígio. Isso encontra justificativa na visão eminentemente patrimonial do direito à época vigente, direcionado à proteção da propriedade, destituída de qualquer função social e núcleo do debate ideológico.

Esse modelo de processo individualista abarca não apenas a esfera da legitimação para agir,[377] mas todos os seus institutos fundamentais (contraditório, provas, coisa julgada etc.). Revela uma carência significativa na regulação dos litígios que se formam na atualidade, eis que, pautados em um sistema social e econômico que favorece a massificação das relações sociais, exigem uma tutela coletivizada.

Diz Mauro Cappelletti:[378]

> *"(...) Estamos assistindo o lento, mas seguro declínio de uma concepção individualista do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, as estruturas, que estavam radicadas naquela concepção demonstram-se sempre mais insuficientes a dar uma aceitável resposta para assegurar a necessária tutela aos novos interesses difusos e de grupo, que são vitais para as sociedades modernas."*

No Congresso de Pavia de 1974, na Itália, que contou com a participação de autores como Cappelletti, Denti, Proto Pisani, Vigoriti e Trocker, promoveu-se ampla discussão a respeito dos aspectos essenciais desses direitos emergentes das relações massificadas.[379]

A propósito, isso bem retrata a evolução dos direitos fundamentais, iniciada com os de primeira dimensão, pautados na abstenção por parte do Poder Público, passando pelos de segunda dimensão, em que ressalta o dever prestacional do

---

[376] Enrico Tullio Liebman, *Manuale di Diritto Processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 38. v. 1.

[377] O Código de Processo Civil pátrio de 1973 bem reflete essa concepção individualista do processo ao relegar a legitimação extraordinária às hipóteses expressamente excepcionadas na lei (art. 6.º).[377] O Código de 1973 *"(...) parte da premissa de que o interesse de agir deve ser, como regra, pessoal, gerando a conseqüência de que, ordinariamente, o legitimado para agir é o titular do direito ou da situação de vantagem. E por aí se compreende que a pretensão à tutela judicial de um interesse alheio, em nome próprio, escapa do padrão, razão pela qual só pode ocorrer extraordinariamente, quando autorizada por lei (art. 3º[377] e 6º)"* (Rodolfo de Camargo Mancuso, *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 238).

[378] *Tutela dos interesses difusos* (conferência proferida na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul em 27-11-84). Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre: Ajuris, n. 33. *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, 1985. p. 401.

[379] Ada Pellegrini Grinover. Op. cit. *A marcha...* p. 404.

Estado, culminando com os de terceira dimensão, escorados na idéia de solidariedade, decorrente de interesses sociais.[380]

Essa assimetria das regras processuais codificadas com as controvérsias coletivas exige dos operadores jurídicos boa dose de criatividade na tarefa de adequá-las aos litígios coletivos.

Eis, portanto, o grande desafio que se coloca à frente dos que estudam o assunto: a busca de uma ordem sistemática unificada, que instrumentalize soluções adaptadas e seguras às dificuldades que a matéria oferece.

## 2.6 Definição de ação coletiva

É importante ter em vista, para uma boa compreensão das ações coletivas, que o fato de um grupo de pessoas formarem um litisconsórcio para atuarem em juízo não configura uma demanda coletiva, ao menos na acepção estrita da expressão.

A ação coletiva reclama do legitimado, representatividade apta a abarcar uma gama de beneficiários. Os litisconsortes – ao contrário –, embora possuam certas particularidades que aproximem seus interesses, agem em proveito próprio, o que afasta a idéia de representatividade que caracteriza a ação coletiva, é o que extraímos das palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:[381]

> *"(...) uma ação recebe a qualificação de coletiva quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo; caso contrário, teríamos que chamar de coletiva toda ação civil onde se registrasse um litisconsórcio integrado por um número importante de pessoas".*

Dessa forma, pode-se chamar de coletiva uma demanda titularizada por uma única pessoa natural que pode beneficiar um universo significativo de pessoas (é o caso da ação popular) como também por um ente revestido de amplo poder de representação merecerá a qualificação de coletiva.

---

[380] Ada Pellegrini Grinover. op. cit. *A Marcha...* p. 17.
[381] Op. cit. *A defesa dos...* p. 34.

Em vista do exposto, mostra-se adequada a noção de ação coletiva oferecida por Antonio Gidi:[382] *"(...) é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)".*

Desse ensinamento pode-se considerar como elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva: a "legitimidade para agir", o "objeto do processo" e a "coisa julgada" e, acrescenta-se, a "execução coletiva".

Tais elementos tornam a pesquisa acerca da natureza de uma ação judicial necessária, o que será verificado mais adiante.

## 2.7 Aspectos sociais das ações coletivas

É inegável que as ações coletivas permitem o acesso à justiça daqueles que, individualmente, não teriam meios de litigar em juízo. A despeito do inciso LXXIV do art. 5° da Constituição Federal, que torna obrigatória ao Estado a prestação jurídica integral e gratuita aos que não têm recursos, sabe-se que no plano fático há demandas reprimidas em face dos custos que envolvem um litígio judicial (contratação de advogado, custas processuais, encargos de sucumbência etc.). Aliás, diga-se de passagem, um universo significativo de pessoas, na realidade brasileira, ignora ou sequer tem discernimento suficiente para compreender seus direitos.[383]

Dentro desse contexto, as entidades de representação social (ONGs, Associações etc.) vêm suprir as deficiências sociais, seja mediante orientação pré-processual, seja por meio de atuação judicial, que se materializa pelas demandas coletivas. Tais entidades – pondere-se pela relevância que assumem na estrutura social atual – constituem verdadeiros canais para o exercício da cidadania, eis que, pela compactualização de interesses, são eficazes instrumentos de reivindicação e defesa. Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover[384] expõe que *"(...) a intervenção dos corpos intermediários pode significar não apenas uma forma de participação na*

---

[382] *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

[383] Os que vivem na raia da miséria nem ao menos mantêm relações sociais aptas a resultar em direitos formalmente protegidos.

[384] Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. São Paulo: Revista de Processo n. 44, 1986. p. 113-128.

*administração da justiça e da gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também um notável elemento de conscientização política".*

Igualmente cumpre reconhecer que a ação coletiva permite uma efetiva paridade no embate judicial. Isso porque, no comum dos casos, as lesões que atingem direitos metaindividuais são cometidas por quem possui condições de levar um pleito judicial durante anos sem maiores preocupações. Trata-se, em geral, de litigante poderoso, habituado às mazelas processuais.

Nessa esteira, ao traçarem as linhas evolutivas pelas quais passam a dogmática da instrumentalidade do processo, Ada Pellegrini Grinover *et al.*[385]

> *"(...) a fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três 'ondas renovatórias' desenvolvidas em sede doutrinária. Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas".*

Fez-se necessário que o processo fosse dotado de maior instrumentalidade substancial e efetividade, adequando-se à nova realidade socioeconômica hodierna, e, a par dessa nova visão, Kazuo Watanabe[386] não deixa de considerar que é também necessária a formação, pela conscientização popular, de uma nova mentalidade, para que assim se construa

> *"(...) uma sociedade menos individualista e egoísta, mais participativa e solidária", pelo que ressalta também: "(...) dentro dessa linha de pensamento, o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização. A só existência de mecanismos processuais mais eficazes e mais ajustados à natureza dos conflitos a serem solvidos deverá fazer com que, juntamente com o conjunto de medidas antes enumeradas, a nova mentalidade tão almejada seja efetivamente uma realidade, fazendo com que, ao invés do paternalismo do Estado, tenhamos uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e*

---

[385] Op. cit. *Código brasileiro...* p. 45.
[386] Op. cit. *Acesso à....* p. 113-141.

*inoficiais de solução dos conflitos e interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais".*

Não a toa que a ação popular, em que pese a relevância das suas finalidades, tem sido tão pouco usada desde sua origem, uma vez que, colocada à disposição de qualquer cidadão para promover a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, sua posição isolada contrapondo-se aos responsáveis e interessados no ato assemelhar-se-ia, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira[387] a uma luta travada pelo gigante com um Davi (o cidadão).

Nesse aspecto, como bem pondera José Carlos Barbosa Moreira,[388] a ação coletiva constitui um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes, sobretudo quando o litígio envolve o poder político e econômico. O litigante individual é eventual, ao passo que, os demais, comparecem continuamente no Judiciário.

As demandas promovidas coletivamente passam a representar uma forma de socialização do processo, até então hermeticamente direcionado a questão singular, sem maior projeção, além da estrita esfera jurídica das partes litigantes.

Essa concepção social do processo desperta, mais recentemente, para a tutela jurisdicional de interesses com dimensão metaindividual.

Um outro fator, ainda, serve de fomento às ações coletivas: a extraordinária projeção subjetiva que certas relações alcançam pode resultar, em alguns casos, em lesões com conteúdo patrimonial insignificante se consideradas individualmente. Os titulares de direito de pequena monta não têm estímulo para promover um embate judicial que pode acarretar maiores custos do que o eventual proveito econômico que venham auferir ao término do processo.

Pense-se, por exemplo, no caso de um determinado ente público deixar de pagar aos seus servidores a vantagem pecuniária necessária para a cobertura dos gastos com transporte público referentemente a apenas um mês.

Computados individualmente, os valores resultarão em cifras irrisórias; somados tais valores, no entanto, alcançarão numerários expressivos.

Se todos os prejudicados tivessem que individualmente pleitear o restabelecimento do seu direito, o maior beneficiário seria o devedor, pois grande

---

[387] Efetividade do processo e técnica processual. In___ *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 125.

[388] Op. cit. *A legitimação*... .p. 113-128.

parte dos interessados não teria iniciativa para acionar o Judiciário; promovida a tutela coletiva, ao contrário, todos os prejudicados seriam beneficiados.

Mauro Cappelletti,[389] já em 1976, demonstrava preocupação com a tutela dos direitos de pequeno valor ao assinalar que:

> *"(...) os titulares do direito lesado podem ignorar seus direitos; ou as suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-los a agir em juízo; o risco de incorrer em elevados custos processuais pode ser desproporcional em relação ao ressarcimento eventualmente a obter".*[390]

Esses direitos de pequeno reflexo individual, como visto, encontram nas ações coletivas o seu mais eficaz instrumento de proteção e concretização.

## 2.8 Espécies de direitos defendidos coletivamente

Os direitos que detêm a marca da singularidade, para os quais o sistema processual tradicional direcionou a sua proteção, são perfeitamente visualizados até mesmo nas relações com multiplicidade subjetiva. O problema surge nas relações reiteradas e padronizadas ou quando um único ato alcança a esfera jurídica de uma coletividade. Quais espécies de direitos realmente são tuteladas nas relações de consumo, ambiente natural, saúde e previdência social, segurança pública, discriminações sociais, religiosas e raciais?

Como exemplo, em processo apreciado pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no qual se discutia justamente a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação civil pública em defesa dos interesses metaindividuais, mais especificamente, a proteção decorrente do aumento de mensalidades escolares em descompasso com a normatização de regência, afirmou-se a capacidade postulatória do *Parquet*, enquadrando-se a categoria dos direitos individuais homogêneos como uma subespécie do gênero direitos coletivos.

A ementa do julgado, relatado pelo e. Min. Maurício Corrêa, em parte, a seguir transcrevemos:

> *"4.1 Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos,* stricto sensu, *ambos estão cingidos a uma mesma base*

---

[389] Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi colletivi ou diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Paiva, 11-12 giugno 1974). Pádua: Cerdam, 1976. p. 365.

[390] Tradução do autor.

*jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.*
*5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. (...)." Discorrendo sobre a inovação do CDC ao instituir a novel categoria de direitos tuteláveis coletivamente, o eminente relator do feito assim afirmou: "Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um* nomen iuris *atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um* tertium genus, *mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos. (...) Evidencia-se,* quantum satis, *que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza; e, como homogêneos, são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente."*[391]

Na verdade, uma observação deve ser feita, como bem esclarece Kazuo Watanabe[392] ao comentar o teor desta conclusão. É que a defesa coletiva justifica-se não por ser, a rigor, a categoria dos direitos individuais homogêneos uma subespécie dos coletivos, mas sim porque o tipo de tutela requerida pelo MP dizia respeito à impugnação do reajuste enquanto dirigida globalmente aos alunos da escola então demandada, ou seja, constituía-se em um bem indivisível de todo grupo (adequação das mensalidades), não tendo sido pleiteada a reparação a cada um dos pais dos alunos (devolução das quantias pagas a maior).

Nessa esteira, há de se ver que, dentro de uma mesma moldura fática, podem ser perseguidas tutelas coletivas diferentes, tanto assim que Hugo Nigro Mazzilli,[393] tomando, por exemplo, também a hipótese de aumento de mensalidades escolares, referindo-se às ações civis públicas ou às ações coletivas como forma de defesa dos interesses metaindividuais, ressalta:

---

[391] RE N º 163.231-3/SP, julgado em 26/02/97, publicado no DJU de 29/6/2001, p. 55.
[392] Op. cit. 729.
[393] *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. p. 49-50.

*"Nelas, não raro se discutem interesses transindividuais de mais de uma natureza. Assim, numa ação coletiva que vise a combater aumentos ilegais de mensalidades escolares, bem como pretenda a repetição do indébito, estaremos discutindo, a um só tempo, interesses coletivos em sentido estrito (a ilegalidade em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado), e também interesses individuais homogêneos (a repetição do indébito, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado)."*

Outrossim, dentro dessa discussão acerca de uma visão mais adequada das categorias de interesses e direitos processualmente tuteláveis com o instrumental coletivo, uma distinção mais nítida, e que se encaixa na natureza daqueles, foi feita por Teori Albino Zavasck,i[394] veja-se,

*"(...) é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo* stricto sensu. *Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. 'Coletivo', na expressão 'direito coletivo' é qualificativo de 'direito' e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em 'defesa coletiva' o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa".*

Vale lembrar que já estudamos o tema, o qual pode ser revisto na parte primeira deste trabalho.

## 2.9 Limites à tutela jurisdicional coletiva

Em determinados momentos legislativos houve restrições impostas às ações coletivas instauradas contra atos do Poder Público, na tentativa de se confiar os efeitos do julgado nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença.

Nesse sentido foram editadas as Leis nº 8.437, de 30 de junho de 1992, estabelecendo a necessidade prévia de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, para a apreciação de requerimento de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública; e a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, a fim de conter os efeitos da coisa julgada, como

[394] *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. São Paulo: Forense, 1995. p. 115.

supramencionado, estatuindo, para tanto, nova redação para o art. 16, da Lei 7.347/85.

Pela Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que regula o valor das anuidades escolares, deu-se um grande golpe na legitimação coletiva, pois, em seu art. 7º impôs limite mínimo de interessados, *in verbis*:

> *"(...) legitimados à propositura das ações previstas na Lei 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior".*

Por fim, percebe-se que o legislador ainda não se sensibilizou com as demandas coletivas, pois o assunto está sendo tratado por leis extravagantes, enquanto o Código de Processo Civil, nada regula a não ser em seu art. 6º.

# 3

# DO PROCESSO CIVIL COLETIVO

## 3.1 Os Instrumentos processuais

### 3.1.1 Considerações iniciais

A Constituição brasileira assegura uma série de direitos que possuem a característica metaindividual. A evolução decorrente da previsão, no plano substantivo, desses direitos, trouxe a necessidade de garanti-los no plano processual, com o alargamento, facilitação e melhoria do acesso à justiça.

De fato, constata-se que para o alargamento do acesso à justiça, é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo imprescindível, para tanto, a busca da igualdade substancial das partes em litígio, o que significa proporcionar, aos iguais, tratamento igual, e, aos desiguais, tratamento desigual.

A Constituição Federal de 1988 foi receptiva à proteção dos direitos metaindividuais, destacando-se a criação do mandado de segurança coletivo, art. 5°, LXX.; o mandado de injunção, art. 5°, LXXI.; a ação direta de inconstitucionalidade, omissão, art. 103, § 2º; e argüição de descumprimento de preceito fundamental, art. 102, § 1°.

Há ainda outras garantias a direitos fundamentais que não estão, a princípio, no elenco das defesas coletivas, no tocante à legitimidade ativa (da sociedade organizada), ou no objeto tutelado, são elas o *habeas data*, art. 5º, LXXII; *habeas corpus* (HC), art. 5º, LXVIII; e ação popular, art. 5° LXXIII, que, sem polemizar, serão estudados nesse trabalho, superficialmente, com o escopo de encontrar a viabilidade de inclui-los no rol dos instrumentos de defesa coletiva.

O acolhimento constitucional dos direitos metaindividuais parece ser a única alternativa viável à sua proteção. Enfim, não há como negar que, pelo menos no que se refere à garantia judicial dos direitos fundamentais, os cidadãos estão potencialmente protegidos.

O simples fato de se dispor sobre direitos fundamentais em textos legais, obviamente, não lhes garante eficácia, não assegura o cumprimento daquilo expresso. Para tanto, é necessário que se criem, simultaneamente, garantias de respeito a eles.

Como decorrência lógica da titularidade difusa ou coletiva de direitos, tornou-se necessária a criação de instrumentos que viabilizassem uma tutela massificada. Isso era mesmo uma necessidade, pois o direito processual já não pode ficar adstrito a tutelar os interesses meramente privados, esquecendo a coletividade. Criam-se instrumentos jurídicos para que se resguardem direitos como esses que se verão a seguir.

A Constituição vigente ainda previu outros instrumentos, específicos às tutelas coletivas e, assim, temos a ação civil pública, art. 129, III; e a defesa do consumidor como direito fundamental art. 5º XXXII, regulamentado pela Lei n º 8.078/90, a qual estabeleceu as regras processuais sobre as ações relativas a interesses ou direitos metaindividuais, no tocante à defesa do consumidor em juízo, e que se entende poder ser utilizada, no que for cabível, pela ação civil pública e demais ações coletivas.

Cabe, neste ponto, observar como alguns Países, dentro de seus sistemas legais ou constitucionais, tratam a defesa dos interesses metaindivuais.

### 3.1.2 A defesa dos direitos coletivos no direito comparado

A *Inglaterra* pode ser apontada como o berço dos litígios coletivos. Stephen Yeazell [395] separa a história do desenvolvimento inglês dos litígios de grupo em três períodos: medieval (séculos XII ao XV), primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (século XVIII aos dias de hoje).

---

[395] *From medieval group litigation to the modern class action*, p.25-50.

O primeiro caso, na era medieval, teria ocorrido em torno do ano de 1199 [396], quando, perante a Corte Eclesiástica de *Canterbury*, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, que versava sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de *Nuthamsted*, uma povoação de *Hertfordshire*, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo, apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos.

As ações de grupo tornaram-se freqüentes nos séculos XIV e XV, especialmente nos povoados (*villages*) e paróquias (*parishes*), refletindo, por certo, a estrutura e organização social daquela época, em que as instituições intermediárias, como a família, as vilas, a igreja, concentravam importância econômica e política, formando a base do sistema de produção. A defesa dessas células sociais no processo, pelos seus respectivos líderes, foi-se desenvolvendo e multiplicando naturalmente.[397]

A partir do século XV, as ações de grupo começam a trilhar o caminho de transição de *common law* e da *manorial law* para a *equity*. Esse processo iniciou-se com a proteção dada pelo *Chancellor* aos enfiteutas (*copyholders*), cujos direitos anteriormente dependiam exclusivamente dos senhores feudais, à medida que não eram protegidos pelo direito costumeiro.

O *Chancellor* autorizou, no caso, a extensão da competência da *Court of Chancery*, que, até então, julgava apenas os processos que haviam sido levados, na aplicação da *common law*, a resultados tidos como insatisfatórios para os litígios relacionados com a enfiteuse e que, muitas vezes, envolviam vários enfiteutas[398].

Nos séculos XVI e XVII, o número de feitos envolvendo grupos desprovidos de personalidade jurídica começa a diminuir. A defesa dos interesses coletivos realizada, no processo, por alguns, passa a não ser tão freqüente e comum, refletindo, *pari passu*, as modificações sociais. As ações de grupo ficam, na prática, confinadas à área rural. Por conseguinte, torna-se um procedimento especial, concedido por intermédio do *bill of peace*, e, nas proximidades do final do século XVII, começam a surgir os questionamentos em relação às ações de grupo,

---

[396] Não é unanimidade, há relato de um caso coletivo no ano de 1179, conforme aponta Márcio Flávio Mafra Leal, *op. cit.* p. 21.

[397] Stephen Yeazell, *op. cit.* p. 132.

[398] Idem, p. 132.

principalmente quanto à legitimação. As ações de grupo, que eram apreciadas por várias cortes, passaram a ser julgadas apenas pela *Court of Chancery.* [399]

Ressalte-se, ainda, que, durante o século XVII, o desenvolvimento *do bill of peace*, como possibilidade de demanda coletiva estava condicionado à existência de interesses comuns (*shared interests*), envolvendo um número elevado de pessoas que ficariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada. A presença dos interesses comuns substituía, assim, a base sobre a qual as ações de grupo haviam-se pautado durante a fase medieval e a primeira etapa da moderna, em que o denominador comum era apenas a existência de um agrupamento coeso. A exigência do interesse comum, no entanto, só aos poucos se foi mostrando mais rigorosa, coincidindo, na verdade, o incremento da severidade com outros fatores históricos, como, por exemplo, o fortalecimento do individualismo e o surgimento das pessoas jurídicas.[400]

O período compreendido entre os anos 1700 e 1850 marca, em seguida, o declínio dos litígios de grupo na Inglaterra, à medida que a interpretação em torno da existência do interesse comum assumia feição cada vez mais severa e que a expressão dos grupos se formalizava por meio das corporações. Ainda assim, as *representatitve actions* foram formalmente previstas na Regra 10 das *Rules of Procedure*, por ocasião da unificação das jurisdições de eqüidade e da *common law*, com a edição, durante os anos 1873 a 1875, dos *Supreme Court of Judicature Acts.* Mas em razão dos fatores supramencionados, o final do século XIX e o início do século XX marcaram, praticamente, o desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra por longo período.[401]

O caso *Prudential Assurance Co., Ltd. V. Newnan Industries, Ltd.*, deve ser assinalado como um importante precedente, na medida em que marcou um novo tratamento com a repartição do processo em duas etapas na primeira, de natureza declaratória, se procurou estabelecer a existência ou não da obrigação de indenização enquanto na segunda, os indivíduos buscavam estabelecer a condenação específica, de acordo com os seus respectivos direitos.[402]

O procedimento pode ser apresentado como a origem de uma sistemática, que seria adotada praticamente vinte anos depois, com a implantação do Código de

---

[399] Ibidem, p.133.
[400] Aluizio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 48.
[401] Márcio Flávio Mafra Leal, op. cit. p. 141.
[402] Aluizio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 49.

Processo Civil, na Inglaterra e no País de Gales, com a possibilidade de serem apenas algumas questões, de fato ou de direito, processadas coletivamente.[403]

O rito bipartido, em fase coletiva e individual, não foi, entretanto, sempre adotado, sendo desprezado em determinados casos, como, por exemplo, em 1981, *EMI Records Ltd. V. Riley*, não obstante o caráter também indenizatório, mas que carecia de maiores especificidades e que, portanto, permitiu a avaliação uniforme e global dos danos sofridos.[404]

As *representative actions* estavam, na verdade, desde 1965, previstas em duas regras do regimento revisado da Suprema Corte. As normas contidas na *Order 5, Rules 12 e 13, das R. S. C. (Rules of the Supreme Court, Statutory Instrument 1965;1776)*, eram, por sua vez, praticamente reproduzidas na *Order 5, Rules 5 e 6, das County Court Rules.*[405]

Aluizio Gonçalves de Castro Mendes[406] assinala, ainda, a existência de normas específicas regulando a defesa coletiva em determinadas áreas, como no âmbito da proteção do consumidor, da concorrência desleal, de seguros e investimentos.

O século XX termina com uma grande novidade para o direito na Inglaterra e no País de Gales, com a aprovação e entrada em vigor de um Código de Processo Civil, denominado *Rules of Civil Procedure.*

Com a nova legislação, passam os ingleses a contar com um sistema de normas escritas no âmbito do Direito Processual Civil, em substituição aos costumes e regras específicas editadas pelas diversas cortes. Para a elaboração do código, de 26 de abril de 2000, segundo José Carlos Barbosa Moreira[407] foi:

> *"(...) dado o passo decisivo em 1994, quando o então Lord Chancellor incumbiu eminente magistrado, Lord Woolf of Barnes, de empreender pesquisa relativa à situação da Justiça civil inglesa e de oferecer sugestões para melhorar-lhe o desempenho, ao qual se irrogavam defeitos do gênero lamentando mundo afora, em tantos outros sistemas judiciais: excessiva lentidão, custo exorbitante, desnecessária complexidade e conseqüentes incertezas. O trabalho levado a cabo por Lord Wolf achou expressão em dois relatórios sobre o acesso à Justiça, o Interim Report de 1995 e o Final Report do ano subseqüente, cujas conclusões suscitaram, como era de esperar, reações contrastantes, variáveis entre um apoio entusiástico e uma veemente*

---

[403] A possibilidade encontra-se prevista no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, nos termos do art. 95 e ss.
[404] Márcio Flávio Mafra Leal, op. cit. p. 142.
[405] Aluizio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 50.
[406] op. cit. p. 53.
[407] *Uma novidade: o código de processo civil inglês*, p. 180.

*rejeição. Entretanto, o Civil Procedure Act anunciava o próximo advento de um código unificador e a mudança de governo, com a ascensão dos trabalhistas ao poder,não arrefeceu o ímpeto reformista. Designado para reexaminar o assunto, Sir Peter Middleton elaborou novo relatório, publicado naquele mesmo ano, onde se recomendava a adoção das soluções propostas por Lord Wolf, com algumas modificações".*

Segundo as regras 19.10 e 19.11 do Código de Processo Civil inglês, um caso pode receber o tratamento de litígio coletivo, *Group Litigation Order (GLO),* sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas *(GLO issues).* O procedimento coletivo pode ser determinado de ofício pelo órgão judicial ou requerido pela parte, devendo haver, todavia, consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society,* para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados às questões comuns sugeridas.[408]

E, caso a autorização para o processamento coletivo seja concedida, devem ser enviadas cópias da decisão judicial *(order)* que a admitiu, para *a Law Society* e para o *Senior Máster da Quen's Bench Division of the Royal Courts of Justice,* com o intuito de se dar conhecimento e publicidade em torno da existência da respectiva demanda coletiva, nos termos da diretriz prática n.11 sobre *group litigation.*[409]

Não há, entretanto, qualquer imposição *a priori* e absoluta no sentido de se proceder à notificação das demais pessoas interessadas. Assim sendo, poderão as cortes agir com discrição na avaliação pertinente à necessidade e à viabilidade da notificação. A imposição ou não da obrigatoriedade quanto à comunicação será, como consta dos itens 47 a 50 do relatório final do *Lord Woolf,* decidida no caso concreto, levando-se em consideração fatores como a sistemática adotada em relação à vinculação dos efeitos *(opt-out ou opt-in)*[410], a dimensão do grupo, o valor individual das pretensões, os custos estimados para a notificação etc.

Não obstante as observações contidas no relatório Woolf, as *Rules of Civil Procedure* acabaram adotando e regulando, principalmente, o sistema do *opt-in,* centrado na adoção de um registro, junto à *management court,* de pretensões que seriam inscritas no referido assentamento e que, por conseguinte, ficariam vinculadas ao julgamento da questão comum.

---

[408] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 58.

[409] Idem. op. cit. p. 59.

[410] *"Opt-out efeitos a quem não faz parte do processo; opt-in, somente efeitos a quem está determinado no processo".* Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 58.

Observe-se, no entanto, que, embora estabelecido o regime sob a forma de *opt-in*, as possibilidades de atrelamento são muito mais amplas do que as adotadas nos sistemas ordinários de inclusão. Isto porque a vinculação ocorre, em regra, em relação às pretensões que se encontram registradas no momento do julgamento, mas podem ser estendidas, também, a casos que sejam posteriormente inscritos, se a corte assim determinar, como consta na regra 19.12(1) do Código de Processo Civil inglês.

Entretanto, a Corte poderá estabelecer um prazo para que se efetue, independentemente de permissão específica, o registro de pretensões calcadas na mesma questão comum.

As novas regras são extremamente flexíveis em vários sentidos e conferem amplos poderes aos juízes. Em primeiro lugar, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, sendo possível portanto, a repartição do procedimento tendo em vista essas peculiaridades. Ou ainda, como previsto na *rule 19.15*, pode haver a determinação pela Corte para que haja um processo teste ou modelo *(test claim)*, cujo resultado possui, a *priori*, efeito vinculante sobre as demais demandas previamente registradas.[411]

As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial *(management court)*, que ficará prevento para, inclusive, efetuar, também, o registro de pretensões individuais relacionadas à *common question* ou à *test claim*. Todavia, as questões individuais são normalmente julgadas por tribunais locais, levando em consideração a decisão coletiva ou o resultado da ação de ensaio e eventuais diretrizes formuladas pela *management court*.

O direito *norte-americano*, como se sabe, faz parte do sistema de *common law*, estando, por conseguinte, bastante calcado nos precedentes judiciais, embora o direito escrito tenha, assim como em outros países, assumido paulatinamente um papel de crescente relevância.

Em termos de demanda coletiva, os primitivos escritos sobre o tema foram feitos por Joseph Story[412].

---

[411] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 60.

[412] Destacado jurista americano, que integrou *a Suprema Court* de 1811 até 1845, ano de seu falecimento.

Em 1829, a Suprema Corte apreciou o caso *Beatty v. Kurtz*, no qual se permitiu que um grupo de luteranos demandasse um herdeiro que os estaria ameaçando de lhes retirar a posse do barracão, no qual faziam as suas pregações, e do cemitério, onde enterravam os seus mortos. O julgado não apresentava, no entanto, maiores dificuldades sob o ponto de vista da litigação de grupo, na medida em que o próprio grupo havia escolhido quem deveria ir a juízo em nome dos demais. Da mesma forma, não se questionava a existência do interesse comum.[413]

A Suprema Corte norte-americana, em 1842, edita um conjunto de regras de eqüidade, dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos:

> *Equity Rule 48: "Quando as partes forem numerosas em um ou outro pólo e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos retardamentos, figurar como parte na ação, a corte em conformidade com a sua discrição poderá dispensa-los da atuação como parte e poderá dar prosseguimento à ação, tendo partes suficientes, diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses contrários aos dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes."*[414](Tradução nossa).

Em 1912, a Suprema Corte reformulou as *Equity Rules*. Assim sendo, a antiga Regra 48 foi revogada pela *Rule 38*, que continuou a ser aplicada, tão-somente, aos casos de eqüidade. Entretanto, a grande alteração foi a supressão da referência, contida na parte final da norma suplantada, aos efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo. A eliminação, contudo, não ensejou o tratamento uniforme dos tribunais em relação à questão.[415]

Finalmente, em 1938, surge nos Estados Unidos o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontra-se a de número 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito, e não apenas para os processos calcados na eqüidade.

---

[413] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 65.

[414] *"Where the parties on either side are very numerous, anda cannot, without manifest inconvenience anda oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proced in the suit, having sufficiente parties before it to represent all the adverse interests of the palintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in suche cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties"*

[415] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 68.

A *Rule* 23 previu, na verdade, três categorias diversas de ações coletivas: a) as puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas *(true)*; b) as híbridas *(hybrid)*; e c) as espúrias *(spurious)*; classificação que é atribuída ao professor J. W. Moore, que participou da redação do código, conforme Stephen Yeazell[416].

A distinção, segundo consta em geral nos autores já apontados, propiciou certa dificuldade de interpretação e definição clara das hipóteses.

A título de tentativa de explicitação, Aluizio Gonçalves de Castro Mendes[417] resume, as hipóteses, em três categorias, veja-se:

> *"A ação de classe pura pressupõe a existência da unidade absoluta de interesse (unity of interest), ou seja, a natureza indivisível do direito ou interesse, que seria comum (joint or common) a todos os membros do grupo. Exemplos que podem ser dados, segundo a doutrina americana, são as ações por quebra de confiança, resultante do esgotamento dos bens confiados à guarda de alguém, ajuizadas por um dos beneficiários em face do administrador ou quando os sócios de uma sociedade limitada ou o marido e a mulher buscam a tutela de um bem comum. Considera-se, também, autêntica, quando os direitos estão subordinados (secondary) e os legitimados ordinariamente se recusam a ir a juízo para a tutela do bem, abrindo-se, assim, a oportunidade para a legitimação extraordinária.*
>
> *Nas class actions híbridas, por sua vez, os membros da classe compartilham do interesse em relação a um bem jurídico, que está sendo objeto na ação. Todavia, o direito não é único ou comum a todos. Assim sendo, há uma pluralidade de direitos que incidem, aí sim, sobre o mesmo objeto, seja ele um bem corpóreo ou determinado fundo. Uma espécie de hybrid class action, é uma causa na qual acionistas pretendem se valer de seguro contra fraude, cuja indenização incidirá sobre um determinado fundo comum disponível e limitado para a cobertura de todos. O caráter coletivo encontraria semelhança, pelo menos em termos de ratio, no ordenamento brasileiro, com a execução por quantia certa contra devedor insolvente e, também, no processo de falência, guardando-se, naturalmente, as enormes diferenças, a começar pela natureza da prestação jurisdicional pretendida, que, na América surgiria desde a atividade de conhecimento, enquanto, no Brasil, estaria limitada à realização executiva, ainda que marcada por uma etapa preliminar cognitiva, porém restrita e vinculada.*
>
> *Na última categoria, spurious class action, há uma pluralidade de interesses, mas decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito, a indicar, como apropriada, a agregação dos direitos individuais para a utilização de um remédio processual comum. Não haveria, no caso, indivisibilidade do objeto ou mesmo um bem comum relacionado com a lide, mas, tão-somente, pessoas ligadas por determinadas circunstâncias, que estivessem pleiteando a mesma espécie de providência jurisdicional. A ação coletiva espúria, dessa forma, não seria uma imposição, mas um permissivo, ao contrário das demais espécies de class action. O exemplo acima mencionado para as ações espúrias, poderia ser invocado, para as spurious*

---

[416] Op. cit. p. 230.
[417] Op. cit. p. 69-71.

*class actions, quando não houvesse um fundo ou recurso comum, sobre o qual os demandantes teriam de repartir as suas indenizações, pois, dessa forma, não haveria, a priori, qualquer interdependência entre as pretensões formuladas pelos acionistas."*

Segundo a versão original da Regra 23, percebe-se que nas ações coletivas autênticas e híbridas, os membros das classes envolvidas estariam sob o efeito do julgado. Na espúria, todavia, não haveria vinculação de toda a classe, mas apenas dos membros que tenham participado do processo, o que a transformava, na prática, numa espécie de listisconsórcio liberal, na medida em que apenas as partes, em sentido formal, litisconsortes, estariam adstritas ao julgado.

No direito contemporâneo americano, o texto formulado para a Regra 23, em 1966, encontra-se basicamente mantido, tendo em vista que a mesma foi objeto apenas de uma pequena emenda, aprovada em 1998, que acrescentou a alínea (f), possibilitando, segundo a discrição da Corte, a interposição imediata de recurso contra as decisões que garantam ou deneguem o procedimento de classe.[418]

Há que se registrar, ainda, que, dentro da estrutura federativa norte-americana, os Estados-membros possuem competência para legislar sobre direito processual no âmbito da Justiça Estadual. A maioria, entretanto, segue, em termos de ações de classe, o padrão estabelecido na norma federal, sendo, portanto, o seu estudo de certa forma suficiente.

Para facilitar a incursão sobre o palpitante tema e o enfrentamento das questões teóricas e práticas suscitadas, far-se-á, abaixo, uma breve exposição sobre a estrutura da Regra 23 seguindo-se de sintética conclusão, oferecida por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.[419]

*"A Rule 23 estabelece, preliminarmente, de modo implícito e expresso, pressupostos processuais e condições da ação para a admissibilidade e para o prosseguimento da defesa coletiva de direitos em juízo. Cabe ao autor o ônus de demonstrar que todas as exigências encontram-se satisfeitas.*

*A Regra 23, segundo a redação atual, encontra-se repartida em seis alíneas, de (a) até (f), tendo sido esta última acrescentada por força de uma emenda, no ano de 1998.*

*A alínea (a) fixa quatro pré-requisitos para a admissibilidade da class action. O item seguinte, (b), denominada Class Actions Maintainable, estabelece as espécies de ações – b (1)(A), b(1)(B), b(2) e (b) (3) – que podem ser processadas como sendo de classe,cujo enquadramento se deve fazer cumulativamente com as exigências contidas em (a).*

---

[418] José Rogério Cruz e Tucci, *"Class action" e mandado de segurança coletivo*, p. 23.
[419] Op. cit. p. 73.

*O dispositivo ( c ) prescreve determinações que deverão ser tomadas no caso de prosseguimento da ação como de classe, regulando, em particular, os atos de comunicação (notice) necessários, os efeitos da coisa julgada coletivamente e a possibilidade da condução coletiva de determinadas questões e do fracionamento do processo, mediante a formação de subclasses.*

*O item (d) prevê os poderes do juiz para o processamento da demanda coletiva, o que é especificamente importante, na medida em que a interferência do órgão judicial, na condução de uma class action, é muito superior e intensa, se comparada com distância mantida nas demais causas, como decorrência do adversary sistem da common law.*

*A alínea (e) trata da extinção do processo e da transação nas class suits e, por fim, encontram-se sob (f) as disposições relacionadas com o cabimento de recurso contra as decisões de admissibilidade ou não das ações de classe."*

Nas *class actions*, o número chega a 90% das disputas resolvidas mediante transação. A falta de zelo na aferição dos requisitos para a admissibilidade e manutenção das *class action* pode acabar permitindo lesão ao princípio do devido processo legal, consubstanciada em quebra da isonomia e da própria capacidade de defesa da parte adversa da classe. Enseja, dessa forma, inseguranças e incertezas suscetíveis de resultarem no incremento de acordos que, em condições normais, seriam indesejáveis ou realizados em termos bem diversos. A conduta judicial desleixada com a boa técnica facilita a propositura de ações temerárias, por vezes acusadas e qualificadas de mera chantagem judicial (*judicial balckmail*).[420]

O tratamento homogêneo encontra, por vezes, igualmente, razões no sistema federativo norte-americano, tendo em vista que os cinqüenta Estados-membros possuem esfera significativa de atribuições, inclusive no âmbito legislativo, fazendo com que o tratamento coletivo regional ou nacional esbarre nas variações do direito (*varitions in State law*), tal qual, também, assinalado pela *7ª e 5ª Circuit Courts nos casos Rhone-Poulenc e Castano.*[421]

No início do século XX, a *Itália* foi o berço dos movimentos sociais e do direito do trabalho. A perspectiva de organização e intervenção coletiva enceta a associação operária e patronal, e dissemina, igualmente, novos estudos nas diversas áreas do conhecimento.

Não obstante esse início promissor, a Itália se destaca mais pelo trabalho doutrinário que pelo Legislativo no tema dos direitos difusos ou coletivos, o qual

---

[420] Ada Pelegrini Grinover, *Da class action for damages à ação de classe brasileira*, p. 26.
[421] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 96.

toma corpo nos anos 70 com autores como Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Bigoriti, Nocolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros.[422]

Conforme decisão proferida pelo Conselho de Estado Italiano no ano de 1973 a qual reconheceu entidade de classe de defesa do meio ambiente em promover, de forma coletiva, a impugnação de ato administrativo da província de Trento de construção de uma auto-estrada, cuja a legitimidade já havia sido negada, de forma reiterada, sobre os interesses que não fossem exclusivamente individuais. Aliás, esse acórdão é apontado como motivo empolgador ao pensamento dos processualistas italianos.[423]

A doutrina Italiana, capitaniada por Mauro Cappelletti, começa a tratar os direitos difusos e coletivos de forma mais profícua, mas mesmo assim, os termos "difusos" e "coletivos" eram tratados como sinônimos.[424]

Surgem, portanto, os chamados interesses difusos ou coletivos, que não pertenceriam às pessoas, singularmente consideradas, mas à coletividade. Nesse contexto, surgem novas situações, como, por exemplo, a do consumidor, que precisa se organizar em sociedades de consumidores, para se defender contra os abusos (assim como realizado pelos trabalhadores no início do século); a da proteção ao meio ambiente, que reclama solução não egoística; e a dos pequenos e médios acionistas, diante das sociedades por ações e de outros grupos de poder econômico.[425] (Tradução nossa)

Em 1979, Vincenzo Vigoriti publica um trabalho intitulado "*Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*"[426]. Nessa obra desenvolve o tema sob o prisma da participação popular, tendo a sua tese afirmado, em apertada síntese, que a legitimação ampliada representaria, assim, o alargamento da participação através da prestação jurisdicional.

Em termos normativos, a tutela coletiva se materializa, ainda de forma inibida, no artigo 2.377 do Código Civil Italiano, que prevê a possibilidade dos associados pleitearem a impugnação de uma deliberação da assembléia. A Lei 765, de 7 de

---

[422] Ada Pelegrini Grinover *et. al.*, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 17.
[423] Vittorio Denti, *Relazione introdutiva*, p. 3 e ss.
[424] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 101.
[425] Mauro Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi ou diffusi, passim.*
[426] Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivvi e processo: la legittimazione, passim.*

agosto de 1967, em seu art. 10, IX, preve a ação popular em matéria de construção de edifícios.[427]

Leciona Luiz Guilherme Marioni[428] que:

*"(...) a jurisprudência tem entendido que a tutela do art 28 somente pode ser requerida quando o ilícito ainda está em ato. Porém, como dizem Rapisarda e Taruffo, o que importa para a admissibilidade da inibitória na hipótese do art. 28 do Estatuto do Trabalhador é a subsistência de um efetivo perigo de repetição ou de continuação da conduta ilícita. Está correta, assim, a nosso ver a posição de Proto Pisani, que admite, preventivamente, a inibição de um comportamento anti-sindical análogo a outro já praticado e exaurido. Proto Pisani admite a tutela inibitória da atividade anti-sindical mediante a ordem de inibição de uma conduta que poderá ocorrer".*

Em julho de 1998, foi editada a Lei 281, em conformidade com o tratado da União Européia e normas derivadas, disciplinando os direitos dos consumidores de produtos e serviços. A tutela coletiva passa a ter um novo *status* e tratamento com a nova lei de defesa dos consumidores. Ao estabelecer a finalidade e o objeto de lei, o art. 1º dispõe, agora, que são reconhecidos e garantidos os direitos e interesses coletivos e individuais dos consumidores, com a promoção da tutela a nível nacional e local também sob a forma coletiva e associativa.[429]

Essa mesma lei estabelece, no entanto, que a ação coletiva, de qualquer forma, só poderá ser proposta, nos termos do art. 3º, n. 5, depois de decorrido o lapso de quinze dias, contados a partir da data em que a associação tiver requerido, a quem é imputada a responsabilidade, por meio de carta com aviso de recebimento, a cessação do comportamento lesivo aos consumidores.[430]

Determina, ainda, no art. 4º, n. 7, do estatuto legal de defesa dos consumidores italianos que, ressalvados os casos relacionados com as normas sobre litispendência, continência, conexão e reunião de processos, a legitimação das associações não exclui o direito das pessoas, que são prejudicadas pelas mesmas violações, ao ajuizamento de ações individuais.[431]

O sistema jurídico italiano, sob a influência da Diretiva 98/27/CE (comunidade européia) teve de dar cumprimento formal à esta diretiva, e assumir a proteção ao consumidor, no âmbito das relações existentes com os europeus em geral. Suprindo

---

[427] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 108.
[428] *Novas linhas do processo civil*, p. 235.
[429] Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit. p. 113.
[430] Idem, p.114.
[431] Ibidem, p. 116.

essa lacuna, fora do prazo – impróprio, diga-se de passagem -, mas, ainda, em boa hora, editou-se o Decreto Legislativo n. 224, de 23 de abril de 2001.[432]

Por fim, há que se registrar que é, obviamente, ainda cedo para se colher e analisar, e seria ainda mais precipitado faze-lo através da lente de observador alienígena, as aplicações, intèrpretações e repercussões dos novos estatutos legislativos no âmbito dos tribunais italianos.[433]

Na *Alemanha*, a defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada, basicamente através das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas. Embora não recebam um tratamento comum, porque se encontram espalhadas e dispersas em diversos estatutos legais, na companhia, em geral, de outras normas de direito material e processual pertinentes ao tema regulado, possuem, além da denominação, características essencialmente semelhantes.[434]

Aluízio G. de Castro Mendes indica que:

> *"(...) a preocupação com a tutela dos interesses coletivos e com a economia judicial revela-se com a introdução dos denominados "processos modelos" (Musterprozesse), em 1991, no § 93ª, da Verwaltungsgerichtsordnung.*
>
> *Como já mencionado, as Verbandsklagen (ações associativas) encontram-se previstas em estatutos legais diversos, refletindo, assim, a aplicação ainda tópica e especial do instrumento processual alemão. Dentro desse quadro, deve ser destacado o papel e a importância que as ações associativas têm, principalmente no campo da luta contra a concorrência desleal e das cláusulas gerais dos negócios. A própria utilização das Verbandsklagen em outras áreas ocorreu, de modo geral, em momento posterior e seguindo a influência das experiências realizadas com as duas leis pioneiras (UWG e AGBG).*
>
> *Assim, encontramos o tema da seguinte forma: a Lei contra a Concorrência Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG), editada em 1909, previa em seu § 13 a defesa por meio de associações, mas a pretensão, por sua vez, precisa estar voltada contra um ato que fosse apto a prejudicar essencialmente a concorrência neste mercado. Sua redação foi alterada, de forma a ampliar a legitimação das associações, em 1965 e, novamente em 27 de junho de 2000. Em 1976 foi editada a lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Negócios (Gesetz zur Regelung der Allgemeiten Geschäftsbedingungen – AGB-G ou AGBG) e que em seus §§ 13 a 22 previam a defesa coletiva por meio de associação".* E finaliza: *Uma característica ressalta aos olhos, sobre as ações associativas alemães, é o fato delas não serem úteis na tutela de indenizações decorrentes de perdas e danos e não há, até o momento qualquer instrumento processual coletivo a garantir essa tutela.*[435]

---

[432] Ibidem, p. 119.
[433] Ibidem, p. 120.
[434] Ibidem, p. 121.

### 3.1.3 Mandado de segurança coletivo

Por intermédio da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 surgia o *mandado de segurança*, originariamente afeto ao Direito Administrativo, como forma do indivíduo conter atos da administração pública, protegendo um direito individual, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*[436], o qual tenha sido atingido ou sofra risco de sê-lo, por ilegalidade e abuso de poder de autoridade pública ou qualquer agente de pessoa jurídica no exercício de funções públicas. Pela Lei nº 4.348/64 foi estabelecida a regulamentação dos atos processuais do *mandamus*. A Constituição Federal de 1988 [437] ampliou a legitimidade passando, então, a figurar o mandado de segurança coletivo o qual será o objeto deste item.

O *objeto* tutelado é o mesmo do mandado de segurança individual, qual seja, a defesa de direito líquido e certo em face da ilegalidade, abuso de poder, arbitrariedades cometidas por autoridade pública ou pessoa que esteja em exercício de função pública, exceto a liberdade de locomoção e direito de conhecimento de informações e retificações de dados referentes à pessoa interessada, uma vez que esses últimos são protegidos por outros instrumentos acima citados.

A *legitimidade ativa* é detida pelas associações, entidades de classe, organizações sindicais, partidos políticos. Eles atuam na defesa dos interesses e direitos *de seus membros* e *associados*. Isso porque se atuassem em interesse próprio, o instrumento cabível seria o mandado de segurança individual.

As restrições que são feitas a sua legitimidade são a necessidade de que as organizações sindicais, entidades de classe ou associações sejam legalmente constituídas e estejam em funcionamento há, pelo menos, um ano. No caso dos partidos políticos se exigem que detenham representação no Congresso Nacional.

Os partidos políticos, por não existirem em função de determinado grupo de pessoas, atuam em defesa não de uma categoria, classe ou casta social, mas em benefício de toda a população.

---

[435] Ibidem, p. 122-126.

[436] Quando do surgimento do HC o direito a *habeas data* ainda não existia, conforme a redação dada pela Constituição de 1988.

[437] "Art. 5º, LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas data ou habeas corpus*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Desse modo, as entidades de classe, associações e sindicatos agem na proteção dos interesses individuais, homogêneos e coletivos (de grupo específico de pessoas), à medida que os partidos políticos visam a resguardar os interesses difusos, pertencentes a todos e indivisíveis.

### 3.1.4 Mandado de Injunção

Este instrumento processual possibilita a concretização de dispositivos constitucionais dos direitos fundamentais, entre outros, que careçam de regulamentação. Assume importante papel na ordem jurídica nacional, uma vez que muitos dos direitos assegurados formalmente não são desfrutados materialmente, por falta de regulamentação específica.

Encontra-se disposto no art. 5º, LXXI da CF/88[438].

O *objeto* deste mecanismo jurídico é suprir a carência da norma regulamentadora, possibilitando a fruição do direito por seu sujeito. Por *"(...) norma regulamentadora deve-se entender não somente a lei, mas também ato proveniente de atividades internas da Administração Pública, ou que ela depende, quer sejam funcionários, quer sejam agentes de qualquer dos três poderes e até mesmo de particulares".*[439]

Este dispositivo guarda íntima relação com a ação de inconstitucionalidade por omissão, regrada pelos art.s 102, I, "q", 102, II, "a" e 150, I, "h" todos da Constituição Federal.[440]

Detém a *legitimidade ativa* qualquer pessoa física ou jurídica portadora de direito constitucional que dependa de regulamentação. Legitimados estão, assim, os sindicatos, posto que autorizados à promoção da defesa dos direitos individuais e coletivos da categoria, pelo art. 8º, III, da C.F., a defesa, no caso, será dos direitos constitucionais inviabilizados pela falta de norma regulamentadora, [441] visando à efetivação de direitos individuais homogêneos (art. 83, III, do CDC), atuando o

---

[438] *"Art. 5º..... LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".*

[439] Ulderico Pires dos Santos, *Mandado de injunção*, p. 62.

[440] Moacyr Amaral Santos, *O Mandado de injunção*, p. 9.

[441] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. p. 397; Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do Processo Civil*, p.89; Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos*, p. 41-49; Roberto Augusto C. Pfeiffer, *Mandado de injunção*, p. 262-266.

sindicato como substituto processual, ou de direitos coletivos e difusos, como legitimado autônomo. [442] Às associações de classe[443] o STF[444] reconheceu, igualmente, o direito de impetrar mandado de injunção, a teor do art. 5º, LXX, "b", da CF. [445]

Destarte, a sociedade civil organizada, no mandado de injunção, não encontra óbice a figurar como substituto processual na qualidade de parte ativa da demanda.

### 3.1.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

Há duas formas de controle de constitucionalidade das leis, notoriamente conhecidos: o difuso e o concentrado.

Por *controle de constitucionalidade difuso*, também chamado *via indireta de controle de constitucionalidade*, deve-se compreender como aquele realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário, os quais se manifestam sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Este sistema é adotado no Brasil, onde desde o Juiz de Direito de 1ª instância até o Ministro do STF podem e devem afastar uma lei inconstitucional.

Quando da ocorrência de um caso concreto, pode-se declarar lei inconstitucional. Nesse momento, trata-se de uma decisão que terá efeitos *ex tunc* e *inter partes*, não anulando ou revogando a lei. Em caso de decisão definitiva do STF e a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, o efeito será *ex nunc* e *erga omnes*. Somente neste caso a lei deixa de estar em vigor, tornando-se ineficaz e inaplicável.

O *controle concentrado de constitucionalidade*, por sua vez, pode ser através, entre outros instrumentos, pela *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, conforme o art. 103 e seus parágrafos, da CF/88.

A *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* busca pôr fim à ausência de *medida* para tornar efetiva determinada norma constitucional. Por "medida" deve-se compreender omissões legislativas, de atos administrativos ou mesmo no cumprimento de disposições constitucionais por falta de vontade política do governo, como em relação aos direitos sociais e fundamentais.

---

[442] Celso Pacheco Fiorillo, op. cit. *Os sindicatos*..... p. 131.
[443] J.J. Calmon de Passos. *Mandado de Segurança Coletivo, habeas data*..... p. 117.
[444] MI 20/DF – Rel. Min Celso de Mello. Julg: 19/05/1994 – mv- Tribunal pleno – DJ: 22/11/1996. p. 45690.

O *objeto* dessa garantia processual é, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o suprimento de carência na regulamentação de normas constitucionais.

A *legitimidade ativa* nesta ação encontra-se referida no art. 103, I a IX, da C.F. Assim, podem impetrá-la o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como se vê, a sociedade civil organizada como associações ou ONGs não figuram no rol dos legitimados ativos, exceto as ligadas aos trabalhadores organizados, o que já é um grande avanço, mas não se pode aceitar o óbice das demais entidades como substituto processual.

Pelo exposto, é interessante destacar que a diferenciação entre *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* e *mandado de injunção* se faz em três pontos, segundo expõe Rodolpho Gomes[446]:

> *"(...) o objeto do mandado de injunção é o suprimento da ausência de norma regulamentadora, com o fim de se obter o pronto exercício do direito, tendo a decisão efeito interpartes. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apesar de também objetivar o suprimento de ausência de norma regulamentadora, visa à construção da norma ausente pelo órgão ou poder competente, tendo a decisão judicial efeito erga omnes; a legitimidade ativa no mandado de injunção pertence a qualquer pessoa titular do direito, ao passo em que, na ação direta de inconstitucionalidade somente a detêm as pessoas e instituições no art. 103 da Constituição de 1988 discriminadas; por fim, quanto à legitimidade passiva, no mandado de injunção a possui quem deve conceder concretamente o direito, podendo mesmo ser uma empresa privada. Em relação à ação direta de inconstitucionalidade, somente será sujeito passivo a pessoa ou entidade responsável pela elaboração da norma".*

---

[445] Clémerson M. Cléve. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 372.
[446] *Mandado de injunção*, p. 38-39.

## 3.1.6 Ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental

A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, regulamentou o art. 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, acerca da *argüição de descumprimento de preceito fundamental* perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa norma jurídica acompanha em grande parte as disposições criadas pela lei que regulamentou o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, lei nº 9.868/99.

A Lei 9.882/99 criou um mecanismo aparentemente singelo e eficaz para *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*, mas muitas são as soluções ousadas que seus quatorze artigos adotaram para o manejo deste novo remédio jurídico.

Além do objetivo de evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, o legislador faculta a argüição de descumprimento de preceito fundamental "*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*".

Parece que a controvérsia a que se refere o legislador é aquela havida em um processo judicial em que a relevância do fundamento tenha a ver com os grandes debates jurídicos, mas, é inegável que o texto peca pela falta de clareza e de precisão em seus contornos.

A *legitimidade ativa* para o ajuizamento desta ação coincide com da ação direta de inconstitucionalidade, segundo seu art. 2º. Não custa lembrar que a ação de inconstitucionalidade está prevista no art. 103 do texto constitucional e regulada pela Lei 9.868/1999, contendo entre os legitimados, o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. O Presidente da República vetou outros legitimados ativos, definidos em no inciso II, ao que parece, deixando truncada e inútil a redação do § 1º do art. 2º da Lei.

Na redação original, do inciso II, art. 2º, da Lei 9.882/99, vetado pelo chefe do Executivo Federal, constava como legitimados ativos, *in verbis*: *"Art. 2º...; II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público"*. Como visto, se o aludido inciso tivesse sido mantido, o rol de legitimados a propor esse tipo de controle concentrado de constitucionalidade seria muito mais abrangente. Os

motivos do veto, exarados pelo Executivo, denotam principal preocupação em não ampliar o acesso à justiça, mas sim "blindar" ainda mais o STF do acesso direto das pessoas, veja-se:

> *"Mensagem de veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999. A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por 'qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público'. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.*

Em que pese à relevância de se proteger o STF de "ações de menor importância", mas, entende-se, com esse veto houve, na verdade, um aumento na dificuldade de acesso à justiça.

Mas pela interpretação do §1° do art. 2º da aludida lei[447], cabe a participação, não como legitimado ativo, de qualquer pessoa que detenha interesse, mediante a representação junto ao Procurador-Geral da República, explica-se.

A lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, regulamentada pelo Decreto n º 2.954, de 29 de janeiro de 1999, posteriormente alterada pela lei complementar n º 107, de 26 de abril de 1999, dispõe sobre a elaboração, alteração, a redação das leis, nos ditames do art. 59, da CF.

A LC 95/98, determina em seu art. 11, inciso III, alínea "c", que se deve "*expressar por meio de parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida*". Depreende-se que os parágrafos podem ter, teoricamente, vida própria limitados pelo conteúdo do *caput* do artigo.

Assim, na lei 9.882/99, o §1° existe em função do art. 2° e não em razão do inciso II. Tendo sido vedado o inciso II, ficou prejudicado parte do §1° e não por completo. À luz do exposto, o §1° do art. 2° da lei 9.882/99, entende-se, deve ser interpretado desprezando-se parte inicial "*Na hipótese do inciso II*", dando início a leitura com "Faculta-se ao interessado", sendo assim, pela visão do presente estudo, qualquer interessado, pessoa física ou jurídica.

## 3.1.7 Ação Popular

A ação popular não foi, originariamente, criada para em seu pólo ativo figurar substituto processual, seja em legitimação extraordinária ou autônoma. A par disso, este estudo se propõe, sem maiores polêmicas, demonstrar a viabilidade de ampliação na legitimação ativa, afim de facilitar o acesso à justiça na garantia de direitos fundamentais, como segue.

O *objeto* da ação popular é a proteção aos direitos difusos de se resguardar o patrimônio público ou de entidade da qual o Estado participe, a moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico/cultural, conforme o disposto no

---

447 " *§ 1º.Na Hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo*".

art. 5º, LXXIII [448], da Constituição de 1988, e regulado pela Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965, alterada pela Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977.

Em nosso ordenamento, no âmbito civil, de sorte a abranger matérias constitucionais, administrativas, eleitorais, trabalhistas e etc., esta modalidade de ação é um excelente instrumento para o cidadão, em princípio exclusivamente, exercer um controle dos comuns desvios dos atos da administração.

Hely Lopes Meirelles[449], conceitua como:

> *"(...) meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público".*

Percebe-se claramente que esta modalidade de ação não defende direito próprio, mas, sim, interesses da comunidade, vez que o beneficiário direto e imediato não é o indivíduo que toma a iniciativa, mas o povo, que aspira um governo honesto. Assim, o cidadão a promove em nome da coletividade em que está inserido.

A coisa julgada tem eficácia *erga omnes*, ressalvado o caso de improcedência por insuficiência de provas, e, os integrantes do ato impugnado são litisconsortes necessários, devendo ser observada a regra disposta no art. 47 do Código de Processo Civil a esse particular[450].

Não poderia deixar de se registrar aqui, a questão da *legitimidade ativa* para a sua propositura, pois se exige prova de cidadania, motivo pelo qual se pode afirmar que é uma forma de manifestar um direito político. Ademais, disto, como a idade eleitoral não coincide com a idade em que se adquire a plena capacidade no novo Código Civil, também se pode aceitar que um adolescente com mais de 16 anos seja titular, mas assistido.

Aliás, a esse particular, Luiz Fernando Belinetti[451] aduz:

---

[448] *"LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;"*

[449] *Mandado de segurança*, p. 81.

[450] *"Art. 47 Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo."*

[451] *Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado*, p. 125.

*"(...) quem tem legitimidade* ad causam *terá legitimidade processual, o mesmo ocorrendo com a capacidade processual, pois estando o legitimado indiciado no ordenamento, necessariamente terá capacidade, ao menos em se tratando de interesses coletivos, pois a pessoa ou órgão legitimado terá sido escolhido exatamente em função de sua possibilidade de com efetividade defender tais interesses"*

Veja-se, ademais, que nem mesmo o analfabeto está excluído desta prerrogativa, pois seu advogado incumbir-se-á de reduzir seu pleito a termo.

Pelo mesmo raciocínio, entende-se possível estender a legitimidade ativa àqueles brasileiros que estejam com os direitos políticos suspensos e não se podem valer desta modalidade de ação, como os conscritos, explicitados no parágrafo 2º do artigo 14 da Constituição Federal[452], bem como aos partidos políticos e pessoas jurídicas, ainda que isto encontre barreira na Súmula nº 365[453] do Supremo Tribunal Federal e, aliás, deveria ser repensada pelo Supremo.

O principal obstáculo na ampliação dos legitimados, à pessoa jurídica, está na Súmula nº 365 do STF, mas cabe destacar que a mesma foi formada em 16/12/1963, ainda sob o manto da Constituição de 1946, em seu art. 141, § 38 e, mantida pela Emenda Constitucional de 1969. Portanto, essa súmula precisa ser revista à luz da Constituição vigente.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, entre outras[454], acena por uma nova interpretação da legitimidade ativa, estabelecendo, ao Ministério Público a capacidade postulatória, visto, o objeto da ação popular ser, em outras, a defesa do erário público, veja-se:

*PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA.*

1. *É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes).*
2. *(...)*

---

[452] *"§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos".*

[453] Súmula n.º 365, STF *"Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular".*

[454] *STJ - AGRG NO AGRG NO RESP 229226-RS, RESP 183569-AL, RESP 404239-PR (LEXSTJ 163/112), RESP 141491-SC (RDR 18/174, RSTJ 135/22), RESP 208068-SC, RESP 255947-SP (RNDJ 30/126, REVFOR 366/210), RESP 286732-RJ (RSTJ 151/343), RMS 8785-RS, RESP 242643-SC (RJADCOAS 21/34, JBCC 187/360, RMP 16/393, RSTJ 145/348, JC 98/461), RESP 124236-MA (LEXSTJ 109/154), RESP 58682-MG (LEXSTJ 94/130, RDA 207/283, REVFOR 340/251, RDR 6/268)*

*3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.*
*4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.*
*5. Hodiernamente, após à constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.*
*6. Em conseqüência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).*
*7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.*
*8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491 /SC; Rel Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000.*
*9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.*
*10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.*
*(...)*
*RESP 637332 / RR ;2004/0036689-2, Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122), Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento24/11/2004, Data da* Publicação/Fonte DJ 13.12.2004 p. 242

Como se depreende, a legitimação ativa pode ser exercida pelo MP, assim, por que não ser também exercida pela sociedade civil organizada?

. Um fator que merece ser ressaltado é que os posteriores instrumentos processuais que foram criados para a tutela de interesses coletivos, corrigiram, ao menos no que tange a esta última irresignação, a questão da legitimidade ativa de pessoa jurídica. Com isso, demonstraram uma preocupação mais voltada para o social, não se prendendo a exagerados formalismos.

Nota-se que sendo um indivíduo lutando, muitas vezes, contra a máquina Estatal, este estará numa posição inferior, o ente público possui mais facilidade em

sua defesa, seja pelos procuradores mais habilitados, seja pelos custos processuais que se sabe, os entes públicos são isentos de sua maioria.

### 3.1.8 *Habeas data*

Essa garantia também não está no rol da defesa de direitos coletivos, pois, a princípio, o pólo ativo não pode ser ocupado por pessoa jurídica, mas, compulsando sua previsão jurídica, com mais detalhar, pode-se interpretar a possibilidade da ampliação na legitimação, veja-se.

O *objeto* dessa garantia instrumental é *"(...) proteger um direito à verdade a respeito de si próprio relativamente a registros ou bancos de dados"*[455], seja através da possibilidade de conhecimento de informações relativas ao impetrante constante de registros de entidades governamentais ou de caráter público, seja pela retificação de seus dados em tais locais, segundo o art. 5º, LXXII da CF[456], regulamentada pela Lei nº 9.507, de 12 de dezembro de 1997.

Acredita-se que o motivo maior para a criação desse dispositivo tenha sido a existência do Serviço Nacional de Informação (SNI), o maior banco de dados do país, bem como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), a que o indivíduo deve ter acesso.

Os limites ao *habeas data* encontram-se expostos no art. 5º, LXXIII, no qual se dá prioridade ao interesse coletivo de segurança à sociedade e ao Estado, na medida em que, se houver, pela liberação de determinada informação, ameaça àquelas, é legal que esta não seja revelada.

Note-se que o *habeas data* somente diz respeito à liberdade de conhecimento ou retificação de informações particulares, referentes à pessoa do impetrante.

No art. 5º, XXXIII, faz-se referência a informações de caráter geral, de interesse coletivo. Em caso de negação de seu fornecimento, sem que haja necessidade de sigilo para que se assegure a segurança da sociedade e do Estado, o mecanismo jurídico cabível será o mandado de segurança.

---

[455] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à constituição brasileira de 1988*, p. 38-39.

[456] *"Art. 5º...*

*LXXII – conceder-se-á habeas data:*

*a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*

*b) para a retificação de dados, quando não se prefira faze-lo por processo sigiloso, judicial ou administativo".*

A decisão em relação ao caráter sigiloso ou não de certa informação não deve ser tomada pelo órgão fornecedor, mas pelo Poder Judiciário.

A questão da *legitimidade ativa* para interposição do *habeas data* tem provocado varias controvérsias doutrinarias não só no tocante a titularidade ativa, mas também quanto a possível sucessão do titular no caso de falecimento.

De um lado afirmando que somente pessoas físicas poderiam pleitear esse remédio, encontramos Celso Ribeiro Bastos, José Afonso da Silva, Vicente Greco Filho e Paulo Lúcio Nogueira. Este último argumenta que o texto constitucional concede o *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, logo, essa pessoa é a física, já que se trata de ação personalíssima. Ainda, segundo esse autor, se a pessoa jurídica deseja obter informações, deverá socorrer-se do mandado de segurança.[457]

Opinião semelhante possuem Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra Martins[458] que ensinam:

> *"(...) o sujeito ativo há de ser a pessoa física. Não nos parece correta, com a devida vênia, a tese dos que sustentam no nosso direito a possibilidade da utilização do instituto pelas pessoas jurídicas. Embora o Texto Constitucional fale simplesmente em 'pessoa', não nos parece que possa colher também a jurídica".*

Para José Afonso da Silva [459], o direito de conhecer e retificar dados, assim também como o de impetrar o *habeas data* para dar validade a esse direito quando não prestado espontaneamente é personalíssimo do titular dos dados, ou seja, do impetrante, que pode ser brasileiro ou estrangeiro.

De acordo com Vicente Greco Filho[460], por:

> *"(...) se tratar de ação personalíssima, não são admitidos pedidos de terceiros, nem também sucessão no direito de pedir. A vida privada deve ser respeitada, a ponto de se preservar a intimidade de cada um, mesmo no âmbito familiar. Admitir que terceiros, mesmo que filho ou cônjuge obtenha informações de alguém seria admitir a devassa na intimidade do indivíduo, incompatível com a natureza do próprio instituto".*

Consoante a este entendimento é o de Paulo Lúcio Nogueira[461] ao declarar que:

---

[457] Paulo Lúcio Nogueira, *Instrumentos de Tutela e Direitos Constitucionais*, p 36.
[458] *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 363.
[459] *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 392.
[460] *Tutela Constitucional das Liberdades*, p.176.
[461] Op.cit, p. 37.

*"(...) se o habeas data possui um caráter personalíssimo, não comporta sucessões por herdeiros legítimos ou cônjuge supérstite, mesmo que tenham interesses em preservar a memória do de cujos, ou outro interesses relativos a área civil, podendo obtê-los através de outros remédios legais, a exemplo do mandado de segurança".*

De outro lado da doutrina, encontra-se poucos, mas com robustos argumentos, que defendem a legitimidade da pessoa jurídica em figurar no pólo ativo da demanda.

Primeiramente se deve delimitar a questão da legitimidade ativa. Não é controverso que a pessoa jurídica figure como titular da lide quando visar a retificação ou esclarecimentos de dados próprios, da entidade. Nesse sentido encontramos, Rogério Tucci e José Rogério Cruz e Tucci[462] que aceitam a ampliação da legitimidade ativa às pessoas jurídicas e aos estrangeiros, mas na defesa de direito próprio.

Pedro Henrique Távora Niess também admite a extensão da legitimidade às pessoas jurídicas, pois *"(...) o direito subjetivo de impor que não se registre, falsas informações"* serve tanto para as pessoas físicas como jurídicas. Estas *"(...) têm direito à correta identificação própria no mundo social".* E vai mais além, ao defender a possibilidade de ser parte ativa os entes *"às quais a lei confere capacidade de ser parte, como a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio"*[463]

Luiz Rodrigues Wambier[464], alia-se na ampliação dos legitimados, e leciona que:

> *"É correto o entendimento no sentido de que tanto a pessoa natural – nacional ou estrangeira residente no país – quanto a pessoa jurídica e, ainda assim, as universalidades de bens às quais a lei reconhece capacidade de estar em juízo, podem estar no pólo ativo do hábeas data.*
>
> *Quisesse o legislador constituinte limitar às pessoas naturais o teria, como fez na ação popular, referindo expressamente à condição de cidadão, como requisito para a legitimação ativa.*
>
> *Ademais, é certo que pretendeu resguardar o direito de acesso às informações dos mais diferentes bancos de dados, inclusive de natureza privada, desde que disponíveis à verificação pública, e que, por outro lado, multiplicam-se pelo país registros das mais diferentes ordens, com o fim específico de proteger o crédito em que, freqüentemente, a pessoas jurídica ou as universalidades de bens são incluídas, como por exemplo, alguns dos*

---

[462] *Constituição de 1988: regramento e garantias constitucionais do processo.* São Paulo: Saraiva, 1989, p.180.
[463] Pedro Henrique Távora. *Considerações sobre o habeas data.* vol. 149, jan./mar. São Paulo: Justitia, 1990. p. 39-40.
[464] *Tutela jurisdicional das liberdades públicas.* Curitiba: Juruá, 1990, p. 116.

*serviços de proteção ao crédito – Seproc – e serviços de proteção ao aluguel, dentre outros.*

*Aliás, tais organismos, assim como quaisquer outros – de natureza privada ou de natureza pública – estão sujeitos a figurar no pólo passivo do hábeas data".*

Quanto à possibilidade da pessoa jurídica ser substituto processual, a doutrina consultada ainda é evasiva ou contrária. Não enfrentam a seguinte situação teórica: É criada uma associação de devedores de créditos na praça, a qual, dentre suas finalidades estatutárias encontra-se a defesa de ilegalidades e abusos sofridos por órgãos públicos, ou de cadastros de dados autorizados.

Os associados, em sua maioria, seriam formados por pessoas carentes ou que residam em regiões distantes dos centros urbanos, portanto, não há facilidade física e temporal ao acesso à justiça. Como o judiciário poderá negar a substituição processual à associação sem ofender o princípio fundamental ao acesso à justiça?

Mesmo a doutrina não estando sensibilizada ao tema, entende-se, que uma nova interpretação sistemática da Constituição "cidadã", com lastro na teoria principialista, seria capaz de alterar essa posição, que esse estudo, no capítulo 11, demonstrou, a necessária e viável ampliação à sociedade civil organizada, como legítima substituta processual em demandas coletivas.

Ademais, o diploma constitucional bem como a lei regulamentar, não especificam quem pode, ou melhor, quem não pode figura no pólo ativo, e, muito menos, se a substituição processual é vedada.

Também, entende-se que não haverá quebra de sigilo de dados, pois o substituto processual apenas garantirá, de forma coletiva, que seus associados tenham seus dados retificados ou mesmo excluídos, fato que se dará de forma personalíssima, na fase executória da sentença.

Vislumbra-se, então, com fulcro no mais apresentado nesse estudo, que a pessoa jurídica pode e deve figurar, em casos muito específicos, com substituta processual em ação de *habeas data.*

## 3.1.9 Ação Civil Pública

Considerando que se vive numa sociedade de massa, com produção e consumo de massa, é perfeitamente natural que também experimentemos conflitos de massa, seja em relações laborais, raciais, religiosas ou de consumo. Isto resulta então que a solução também necessita estar em sintonia com os problemas que surgem no seio desta mesma forma de sociedade.

Movidos por esse espírito e na tentativa de sanar as impropriedades e omissões da ação popular, várias ações foram tomadas que acabaram culminando com a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 denominada de Lei da Ação Civil Pública (LACP), com o fim de tratar de danos ao ambiente, ao consumidor, bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Com a maturação natural de nosso ordenamento, também se acresceu os direitos difusos e coletivos, bem como infrações à ordem econômica em seu rol de abrangência. Demais, disto, ocorreu uma integração entre o Código de Defesa do Consumidor, concorrendo, sobremaneira, para se tornar um instrumento ainda mais eficaz. É o que se pode depreender do artigo 21, *in verbis*: "*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*"[465].

Um aspecto no mínimo interessante é que o termo "*pública*", que se agregou à sua nomenclatura, também foi amplamente criticado pela doutrina, por não corresponder ao seu significado, uma vez que a lei preferiu privilegiar a legitimação, e não o direito substancial a ser discutido em juízo.

A tal respeito, pode-se perceber a confusão do legislador, que considera públiço ao invés de difuso, o critério objetivo dos interesses versados na referida.

Inicialmente, urge buscar a razão pela qual a ação civil pública de que cuida a Lei nº 7.347/85 é assim denominada. Desenvolvendo um raciocínio por exclusão, tem-se que, sem tautologia, a ação civil pública trata de ação voltada à aplicação da legislação "não-penal", não sendo sem razão que, numa primeira passagem, definia-se tal ação, tendo em conta também o aspecto da sua titularidade (critério subjetivo),

---

[465] Inserido por força do Código de Defesa do Consumidor: Art. 117 - Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: "*Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e*

como o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional (*v.g.* anulação de casamento, interdição e declaratória de inconstitucionalidade).[466] Todavia, tal critério, embora defensável do ponto de vista dogmático, é inconveniente, pois, como se verá, o MP não possui legitimação exclusiva.

Por outro lado, o qualificativo "pública" pouco serviria a evidenciar sua definição, uma vez que, a rigor, o direito de ação tem hoje nítida conotação de direito subjetivo, abstrato, autônomo e de natureza pública, por ser exercido em face do Estado-juiz para a obtenção da tutela jurídica dos direitos e interesses insatisfeitos por resistência alheia.

Essa inadequação foi demonstrada com argumentos robustos por José Marcelo Menezes Vigliar[467], ao ressaltar que, além da expressão "ação civil pública" ter sido empregada, primeiramente, por Piero Calamandrei[468] apenas para diferenciar a atuação do *Parquet* fora do âmbito penal/criminal, a adoção deste *nomen iuris* teve por inspiração dispositivo da antiga Lei Orgânica do Ministério Público (LC n.º 40/81, art. 3º, II), ao qual fazia expressa referência o anteprojeto de lei formulado pelo MP paulista e remetido ao Poder Executivo Federal, posteriormente convertido na Lei nº. 7.347/85, que trata da ação civil pública (PL nº 4.984/85 na Câmara e PL nº 20/85 no Senado), inspirado no pioneiro anteprojeto apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual (1983), realizado em Porto Alegre ("Projeto Bierrenbach" – PL nº 3.034/84 na Câmara).

Na doutrina atual, tem tido maior acolhida o critério que define a ação civil pública pelo seu objeto, qual seja, a proteção dos direitos e interesses metaindividuais, que são: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde já ressalvando, quanto aos últimos, a controvérsia existente no cabimento de sua tutela por este instrumento jurídico-processual quando titularizado pelo MP, bem como, em acréscimo, pelos demais sujeitos co-legitimados à sua propositura, a saber, os entes políticos estatais (administração direta ou indireta) e as entidades associativas, no âmbito de sua pertinência temática.

---

*interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".*

[466] Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, p. 17-18.

[467] *Ação civil pública ou ação coletiva*, p. 401-416.

[468] *Direito processual civil*, p. 275 e ss.

Nesse sentido, Hugro Nigro Mazzilli[469], destaca que o enfoque deve ser "subjetivo/objetivo", com base na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional pretendida na esfera cível.

E continua Hugro Nigro Mazzili[470] ponderando que:

> *"(...) sem melhor técnica, portanto, a LACP usou essa expressão para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o próprio Ministério Público. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação ação coletiva, da qual o Ministério Público é apenas um dos co-legitimados. Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas se tiver sido proposta por qualquer outro colegitimado, mais correto denominá-la de ação coletiva."*

E, ainda quanto a esse aspecto terminológico, arremata Rodolfo de Camargo Mancuso[471]:

> *"(...) a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na seqüência se agregaram os individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não é 'pública' porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo 'limbo jurídico'. Para mais, trata-se de locução já consagrada em vários textos legais, inclusive na Constituição Federal (art. 129, III), sendo que a jurisprudência e a doutrina especializada a empregam normalmente, levando-nos a crer que esse nomen juris – ação civil pública – já está assentado na experiência jurídica brasileira".*

Sobre a "legitimação ativa", interessante notar que, em plena vigência da nova ordem constitucional, o único legitimado a esta espécie de tutela coletiva era o Ministério Público, com ressalva, é claro, à possibilidade da ação de indenização individualmente manifestada pelo próprio prejudicado (art. 1º).[472]

Em outro passo, a doutrina tem assentado que a legitimação foge ao esquema processual clássico, Hugo Nigro Mazzilli[473] sem embargo de posições divergentes, considera a legitimação como extraordinária, pois se trataria de defesa de interesse alheio em nome próprio. São suas as seguintes afirmações:

---

[469] *Interesses coletivos no código do consumidor*, p. 160.
[470] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 59-60.
[471] *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural*, p. 21-22.
[472] Ada Pelegrini Grinover, *et al.*,*Teoria geral do processo*, p. 766-767.
[473] *Interesses coletivos e difusos*, p. 147-160.

> *"A ação civil pública ou coletiva presta-se basicamente à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por meio dessas ações, alguns legitimados substituem processualmente a coletividade de lesados (legitimação extraordinária). Essa legitimação especial dá-se em proveito da efetividade da defesa do interesse violado, pois que, em matéria de lesão a interesses de grupos, seria impraticável buscar a restauração da ordem jurídica violada se usássemos a legitimação ordinária e deixássemos a cada lesado a iniciativa de comparecer individualmente em juízo, o que, sobre impraticável, faria gerar decisões contraditórias para os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo".* E continua discorrendo: *"(...) de nossa parte identificamos na ação civil pública ou coletiva a legitimação extraordinária ou a substituição processual, o que não ocorre na hipótese em que o titular da pretensão aja apenas na defesa do próprio interesse. Na ação civil pública ou coletiva, embora em nome próprio, os legitimados ativos, ainda que ajam de forma autônoma e, às vezes, também defendam interesses próprios, na verdade estão a defender em juízo mais que meros interesses próprios: zelam também por interesses transindividuais, de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, os quais não estariam legitimados a defender a não ser por expressa autorização legal. Daí porque esse fenômeno configura preponderantemente a legitimação extraordinária, ainda que, em parte, alguns legitimados ativos possam, na ação civil pública ou coletiva, também estar a defender interesse próprio."*[474]

Não obstante, Nelson Nery Jr.[475] e Teori Albino Zavascki[476] lecionam que esses casos de ações de classe fogem ao âmbito da dicotomia pura da legitimação ordinária ou extraordinária, sendo de se superar tal divisão, propondo, como alude o primeiro, o critério agasalhado na moderna doutrina alemã da "legitimação autônoma para a condução do processo", e não mais em substituição processual para qualificar a atuação dos legitimados à propositura da ação. O segundo doutrinador, no tocante à tutela dos direitos individuais homogêneos, tem o novo enfoque no que chama de "regime de substituição processual autônoma", no qual o autor da demanda, substituto, defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, autonomamente, isto é, independentemente de consentimento ou mesmo ciência do substituído.

Com maior facilidade, tem-se acolhido que a legitimação na defesa coletiva é, na expressão consagrada por José Carlos Barbosa Moreira[477] concorrente e disjuntiva, dado o critério pluralista de legitimidade constante do art. 5o da LACP e do art. 82 do CDC, pois cada um dos co-legitimados pode, sozinho, promover a ação

---

[474] Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 52-53.
[475] *O ministério público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo*, p. 246-247.
[476] *Defesa de direitos coletivos e defesa de direitos*, p. 151.
[477] *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, p.183-188.

sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais, sendo que eventual litisconsórcio será facultativo e obedecerá ao regime do CPC.

Alinham-se, pois, como legitimados por força de lei: 1) o Ministério Público, 2) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, 3) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica (art. 82, inciso II, CDC), e 4) associações constituídas há pelo menos 1 (um) ano, destinadas institucionalmente à defesa dos direitos metaindividuais, podendo, *in concreto*, ser judicialmente dispensado o requisito da pré-constituição "representatividade adequada".

O objeto da ação civil pública, definido pelo pedido, contempla a proteção e a responsabilização por danos morais e patrimoniais, inclusive os individualmente sofridos, mediante condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com possibilidade de cominação de multa diária em caso de descumprimento (arts. 3º e 11 da LACP), e abrange diversos segmentos de interesses da sociedade, entre eles: 1) meio ambiente (art. 1º, I, da LACP, e Lei nº 6.938/81); 2) consumidor (art. 1º, II, da LACP, e CDC); 3) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1o, III, da LACP); 4) infração à ordem econômica e à economia popular (art. 1º, V, da LACP, e Leis nºs. 1.521/51 e 8.884/94); 5) loteamentos (Lei nº 6.766/79); 6) portadores de deficiência (Lei nº 7.853/89); 7) investidores no mercado de valores mobiliários (Lei no 7.913/89); 8) crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90); 9) erário (Lei nº 8.429/92); 10) patrimônio genético (Lei nº 8.974/95); 11) recursos hídricos (Lei nº 9.433/97); e 12) qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV, da LACP) e mais recentemente a defesa dos Idosos (Estatuto do idoso) lei n.º 10.741, DE 1º de outubro de 2003.[478]

Importante salientar também que, apesar de inicialmente a LACP somente contemplar a tutela de interesses e direitos difusos ou coletivos, a partir da interação entre os sistemas, levada a efeito com o advento do CDC, em termos de proteção aos direitos individuais homogêneos, o reconhecimento da viabilidade de sua defesa coletiva na ação em enfoque impor-se-ia, consoante leciona Rodolfo de Camargo Mancuso[479]:

> *"De outro lado, mercê de um engenhoso sistema de complementaridade entre a parte processual do Código de Defesa do*

[478] *"Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;"*

[479] op. cit. p. 41-42.

*Consumidor e o processo da Lei da Ação Civil Pública (CDC, arts. 83, 90, 110; Lei 7.347/85, art. 21, acrescentado pelo art. 117 do CDC), pode-se afirmar, com Nery e Nery: 'Não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP, art. 5o, e CDC, art. 82, estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos'. Esse largo espectro não encerra, porém, o risco de ser conferida extensão exagerada ao objeto da ação civil pública, porque, de um lado, o interesse objetivado – mesmo no caso dos 'individuais homogêneos' – sempre estará sendo tratado em sua dimensão coletiva (...); de outro lado, é lícito supor que sempre há de preexistir a relevância do interesse para a sociedade civil, embora esse quesito possa apresentar diversa gradação e mesmo, no caso dos individuais homogêneos, derivar da conveniência do trato processual coletivo, mormente agora com as restrições à formação do litisconsórcio ativo facultativo 'multitudinário' (CPC, parágrafo único do art. 46, acrescentado pela Lei 8.952, de 13.12.1994)".*

Nesse sentido são também os entendimentos esposados por Kazuo Watanabe[480] e Luiz Paulo da Silva Araújo Filho[481].

## 3.2 Legitimidade processual

### 3.2.1 Conceitos iniciais

Extrai-se, até o momento, que o processo coletivo pode suprir uma carência quanto à prestação jurisdicional. Também, já visto, não se deve confundir ação coletiva com litisconsórcio.

Nessa medida, o estudo da viabilidade da sociedade civil organizada como titular da ação coletiva é seqüência lógica, afinal, se as ONGs não possuírem a legitimação para agir, terá sido em vão todo este estudo.

Afinal, pode-se dizer que as ONGs agem possuem legitimidade procesual para representar grupo de pessoas?Quem ou o que terá legitimidade para substituir processualmente uma coletividade? Como isso se dará, caso seja possível?

Nota-se, sem maiores esforços, por ser condição de admissibilidade da ação frente ao poder judiciário, que o tema enfrenta muita cautela e pesquisa, veja-se.

Como condição de ação, Antonio Cláudio da Costa Machado [482] apresenta uma definição, que se entende, ser exaustiva para o tema:

---

[480] *Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense*, p. 761-762.
[481] *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 106.
[482] *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 103, n. 1.

*"(...) condições da ação são uma categoria jurídico-processual composta dos elementos tidos pela lei ou pela doutrina como requisitos de existência (ou de exercitabilidade) do direito de exigir do Poder Judiciário um provimento jurisdicional que extinga o litígio a ele submetido (direito de ação). Referimo-nos à existência ou exercitabilidade ante a discussão reinante na doutrina acerca da verdadeira relação existente entre as condições da ação e ação".*

Pelo conceito acima, ofertado por Antonio Cláudio da C. Machado, com sua inquietude peculiar extrai-se, destacadamente, a possibilidade da doutrina ofertar outros requisitos para a existência do direito de exigir a tutela jurisdicional, o que para este trabalho, que visa justificar o aumento da legitimação ativa nas ações coletivas, ampliando-se o conceito legal, aceitar, a *priori* que a doutrina tem papel fundamental, pode-se considerar como a pedra angular a sustentar o tema central, na promoção ao acesso à justiça por intermédio das ações coletivas.

Mas antes de qualquer conclusão, ainda é preciso ultrapassar um longo caminho, que apenas começa a surgir.

De ordinário, no processo, as partes se apresentam defendendo a tutela jurídica de um direito próprio, todavia, há casos em que se litiga em nome próprio, mas na defesa de direito de outrem, o que a doutrina costumou a chamar de substituto processual, *(...) quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. É o substituto processual"*[483]

A doutrina majoritária indica que a legitimidade para agir ou *ad causam* é uma condição da ação, portanto, como já dito, verificar se as ONGs possuem legitmidade é *sine qua nom* para a conclusão deste estudo científico. Veja-se.

Como legitimidade *ad causam* a doutrina oferece vários conceitos. Antonio Cláudio da Costa Machado, enfrentando o tema, propõe que seja uma,

*"(...) qualidade jurídico-processual que reveste a pessoa (ou já parte) de titulariedade do direito de ação em função da abstrata titulariedade da relação jurídico material posta em juízo (legitimação ordinária); ou em função da expressa vontade da lei quando não seja alguém, evidentemente, o titular da relação disciplinada (legitimação extraordinária)".*[484]

Donaldo Armelin[485] oferece o seguinte conceito sobre legitimidade de agir:

---

[483] Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva. p. 345.
[484] Op. cit. *A intervenção...* p.104.
[485] *A tutela jurisdicional cautelar,* p. 21-22.

*"(...) uma qualidade do sujeito oferecida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível, como é óbvio, em se tratando de negócios jurídicos multitutoriais de todos os seus participantes, qualquer que seja o pólo de relação jurídica em que se encontram".* Ao classificar a legitimidade aponta para a diversidade de critérios possíveis, entre estes o do número de legitimados para a prática de um mesmo ato *"poder-se-á falar em legitimidade singular ao lado de uma legitimidade coletiva".* E nesta última categoria, os motivos são: *"(...) a partilha entre vários sujeitos de direito de interesses coletivos ou particulares a serem tutelados ou colimados pelo ato".*

No dizer de Cândido Rangel Dinamarco:

> *"Legitimidade ad causam é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou restringi-la.*[486]"

Como conceito de legitimidade *ad causam*, para efeito deste estudo, será adotado o oferecido por Antonio Cláudio da Costa Machado por guardar mais proximidade como objeto deste estudo, sem embargo das demais opiniões expostas.

### 3.2.2 Natureza jurídica da legitimação ativa processual

Pelo todo exposto, não se pode mais visualizar o processo como mero instrumento de proteção aos interesses subjetivos, que, por natureza, são individuais. O ordenamento jurídico deve fornecer todos os mecanismos para uma efetiva proteção a todos os *interesses legítimos*, decorrentes dos conflitos coletivos. O processualista, da mesma forma, deve contribuir, reavaliando conceitos tipicamente individuais, como o de interesse para agir, legitimidade para a causa, coisa julgada *etc*, adequando-os a esta nova roupagem social do processo.

---

[486] *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 306.

A regra geral é que somente o titular da relação jurídica tem legitimidade para postular em juízo direito próprio. Vale dizer, ser o autor da ação, *legitimação ordinária*. Mas a lei pode autorizar uma terceira pessoa (natural ou jurídica) a pleitear, em nome próprio, direito alheio (CPC, art. 6º). Quando isso acontece o terceiro tem *legitimação extraordinária* para propor a ação.[487]

A primeira, defendida por José Carlos Barbosa Moreira[488] admite a possibilidade de tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais independentemente de expressa autorização da lei processual.

A outra teoria, preconizada por Kazuo Watanabe[489], admite uma legitimação ordinária por parte das entidades criadas no seio da sociedade (corpos intermediários) com a finalidade de defesa de direitos superindividuais.

Uma terceira teoria, introduzida por Nelson Nery Júnior[490] com supedâneo na doutrina alemã, admite haver uma legitimação autônoma para a condução do processo coletivo, de modo que não se há falar na clássica divisão da legitimação em ordinária e extraordinária, conforme suas palavras:

> *"Nunca é demais lembrar que os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos. Criada para solucionar lides de natureza individual, a legitimidade para a causa como condição da ação está a merecer outra construção dogmática, que deverá levar em consideração o fim a que se destina essa legitimação: a defesa, em juízo, de direitos meta ou supraindividuais. De conseqüência, não cabe nesta sede falar-se na dicotomia clássica da legitimação em ordinária e extraordinária, mas sim da superação dessa divisão, como já está ocorrendo na Alemanha, onde a doutrina mais moderna fala em legitimação autônoma para a condição do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis) e não mais em 'substituição processual' para qualificar essa legitimação do Ministério Público e associações para virem a juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos".*[491]

A expressão *autonomia*, ao que se parece, objetiva distinguir a legitimidade proceśsual da titularidade do direito material contido no processo. Essa questão foi enfrentada por Rodolfo de Camargo Mancuso[492]:

> *"(...) alterou-se, assim, o conceito clássico de legitimidade, que pressupunha haver uma coincidência entre a titularidade da relação jurídica de direito*

---

[487] O prof Antonio Cláudio oferece, uma classificação de vanguarda sobre a legitimação, segundo ele existe a legitimidade ad causam; interventiva assistencial; mista e especial. Op. cit. *A intervenção*.... p.108-109.
[488] *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, p.111.
[489] *Acesso à justiça e Sociedade moderna*, p. 85-97.
[490] *O ministério público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo*, p. 628.
[491] Nelson Nery Júnior. *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. p. 209.
[492] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p.119.

*material posta sob a análise do Judiciário e a titularidade da relação jurídica de direito processual, ou seja, aquele que, no plano do direito material, tivesse contratado seria quem teria, agora, legitimidade para figurar num dos pólos da relação jurídica de direito processual em que se discutisse a validade daquele mesmo contrato. Esse mecanismo de estabelecimento do fenômeno legitimidade, ad causam e ad processum, só poderia ser quebrado em face de disposição legal expressa de caráter absolutamente excepcional (art. 6º do CPC). Todavia, a regra, quando se fala em interesses supra individuais é a de que haja justamente certa dissociação entre os antigos conceitos de legitimidade ad causam e ad processum. Assim, se de acordo com o sistema individualista do CPC, tenha legitimidade para figurar no processo (legitimatio ad processum) exata e precisamente aquele de quem era a legitimidade ad causam justamente por isso, agora, no sistema das ações supra-individuais não ocorre isto".*

E também por Vicenzo Vigoriti[493]:

*"A exigência de garantia que, nas situações individuais, vem satisfeita pela rigorosa correlação entre a titularidade da situação de vantagem e a legitimação para deduzi-la em juízo assume um conteúdo diverso nas situações coletivas, nas quais tal correlação não somente é desnecessária como pode até mesmo ser contraproducente"* (nossa tradução).

Antonio Gidi[494] manifesta sua opinião sobre o tema apresentado por Nelson Nery Jr, como segue:

*"É importante, pois, observar a inconsistência pragmática de operar, em tela de ações coletivas, com a clássica dicotomia do direito processual ortodoxo que classifica a legitimidade processual em ordinária e extraordinária, como de resto com muitos dos institutos do direito processual individual. Com efeito, não há como negar haver manifesta dissociação entre o titular do direito superindividual (uma comunidade ou uma coletividade, de acordo com a definição legal do art. 81, parágrafo único do CDC) e o legitimado processual a defendê-lo em juízo através da ação coletiva (as entidades elencadas no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC). Entretanto, também há que se vislumbrar uma espécie de 'direito próprio' dessas entidades a defender os direitos superindividuais em juízo."*[...]*"Não vemos qualquer diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos superindividuais e aquelas propostas em defesa de direitos individuais homogêneos. Em ambos os casos há um titular (comunidade, coletividade ou conjunto de vítimas, conforme se trate de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) e um outro legitimado (LACP, art. 5º e CDC, art. 82). A divergência deriva do fato de que aqueles que consideram a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos como exemplo de legitimidade extraordinária não vêem como titular desse direito o conjunto de vítimas indivisivelmente considerado, mas cada uma das vítimas como titular do seu direito individual. Ainda assim, 'ad argumentandum', a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos não poderia ser considerada como*

---

[493] *Interessi collettivvi e processo: la legittimazione ad agire*, p.100-106.

[494] *Legitimidade para agir em ações coletivas*, p. 56 e segs.

*exemplo de legitimidade extraordinária. Isso porque é regra da substituição processual, e mesmo sua própria razão de ser, suprimir a possibilidade de o substituído ir novamente a juízo, vez que já foi atingido pela autoridade da coisa julgada material. E isso, manifestamente, não ocorre no caso da ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo, pois as vítimas poderão propor a sua ação individual, independentemente da improcedência da ação coletiva (isto, considerando as próprias vítimas como titulares dos direitos individuais homogêneos, e não um grupo indivisivelmente considerado, conforme o nosso pensamento). A menos que se considere ser uma espécie anômala de substituição processual (que, por sua vez, já é considerada uma legitimidade anômala) 'secundum eventum litis', em que o substituído seria atingido apenas pela coisa julgada da sentença favorável."*

Uma teoria de vanguarda proposta por José Manoel de Arruda Alvim[495], entende que a natureza jurídica da legitimação, nas ações coletivas, não será nem ordinária, extraordinária ou autônoma "(...) *é simplesmente própria, legitimação própria para a propositura de ações civis, legitimação coletiva*".

Quanto às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, a maioria dos doutrinadores[496] considera hipótese clássica de legitimação extraordinária, ainda mesmo aqueles autores que admitem ser a legitimidade ordinária, nos casos de ação coletiva em defesa de direitos metaindividuais (difusos e coletivos).

Ainda, no que se refere às ações que tutelam direitos individuais homogêneos, consoante o Código de Defesa do Consumidor, os particulares podem, por assim dizer, "aderir", e o CDC chama esta figura de litisconsórcio.

Todavia, apesar da dificuldade antes ventilada, relativa ao "transplantar" instituto do sistema do CPC para as ações coletivas, parece que se trataria de uma figura mais próxima à do assistente litisconsorcial, uma vez que é seu o direito sobre o qual se discute, mas ele, enquanto particular, não pode formular pretensão (como um litisconsorte poderia).

No mesmo sentido, José M. de Arruda Alvim [497]ao afirmar que:

*"(...) é apenas possível, na hipótese do art. 94, que a vítima ou sucessor atue como 'litisconsorte', mas, em verdade, essa atuação mais se aproxima da figura do assistente litisconsorcial e, particularmente, tendo em vista o direito material, pois que os benefícios neste existentes podem ser alcançados pela*

---

[495] *Manual de direito processual civil*, p. 119.

[496] Considerando haver legitimidade ordinária nas ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos e legitimidade extraordinária clássica nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos: Ada Pelegrini Grinover et.al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, pp. 553 e 541 e Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, p. 313.

[497] *Código do consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 358, n32.

*procedência, quer no plano da ação coletiva, como, igualmente, no da ação individual".*

Ada Pellegrini Grinover[498], ao analisar o art. 91 do CDC, indica uma hipótese de legitimação extraordinária, na medida em que preceitua que:

*"(...) os legitimados de que trata o art. 81 (na verdade, artigo 82) poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes"*

A legitimação deste dispositivo refere-se à ação coletiva de responsabilidade civil, por danos individualmente sofridos, mas tão somente nas hipóteses de danos individuais considerados homogeneamente (art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC).

Segundo José Manoel de Arruda Alvim[499] também nesse raciocínio sugere que:

*"(...) os legitimados pelo artigo 82 (CDC) agem ´ex lege`, independentemente de autorização daqueles em cujo benefício agem, mas o fazendo no interesse destes (ou seja, no interesse alheio); ou, agem em seu próprio nome, mas em função de um interesse que não lhes é pessoal ou patrimonial, direta ou indiretamente"*

Conclui-se, portanto, que somente os entes elencados pelos artigos 82 do CDC e 5º da LACP, no plano da ação coletiva, possuem legitimidade ativa, assim, continua José Manoel de Arruda Alvim[500]:

*"(...) De um lado a lei somente a estes conferiu legitimidade, e de outra parte, inibiu que um indivíduo pudesse ter legitimidade para a ação coletiva, que se restringe àqueles nominados taxativamente, ou seja, às hipóteses do artigo 82, tendo em vista as ações a que se alude no art. 81".*

Por fim, mas não menos importante, José Marcelo Menezes Vigliar[501] indica que

*"(...) em sede de tutela jurisdicional dos interesses transindividuais, da mesma forma mister se fará, com algumas peculiaridades, cabe a demonstração, por parte substituto processual-demandante, do interesse e da legitimação, a fim de que a ação coletiva possa prosseguir e viabilizar a prolação do provimento jurisdicional".*

---

[498] *Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista Jurídica, vol.39, n 162, 1991. p. 545.
[499] *Manual de direito processual civil*, p. 360-361.
[500] Idem, p.361.

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

### 3.2.3 Interesse da lide

Interesse, na definição de Henri Capitant [502] é *"(...) uma vantagem de ordem pecuniária ou moral"*. O interesse interliga uma pessoa a um bem de vida, em virtude do valor que esse bem possa representar para essa pessoa.

É a busca de uma situação de vantagem que faz surgir um interesse na posse ou fruição daquela situação, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso[503] *"(...) mesmo o interesse processual não foge a esse núcleo comum: ele é reconhecido quando o processo se revela útil e necessário a obtenção de certa vantagem, inalcançavel de outro modo"*

Na mesma direção, Sérgio Shimura [504] sugere que *"(...) o interesse de agir liga-se à necessidade concreta da jurisdição(exibilidade) e à adequação da via procedimental(titulação)"*.

Os interesses, quanto à fruição por seu titular, podem *ser individuais ou metaindividuais.* Para este trabalho nos deteremos ao interesse metaindividual nos quais pode-se encontrar os interesses Difusos, Coletivos (*strictu sensu*) e Individuais Homogêneos.

### 3.2.4 Interesses difusos

Os interesses difusos são apresentados como o último degrau numa ordem escalonada de coletivização. Os interesses difusos apresentariam um grau de coletivização que permitiriam toda a sorte de posicionamento, de conteúdo fluído

[501] *Tutela jurisdicional coletiva*, p.125.
[502] *Vocabulário Jurídico* é *"un avantage d'ordre pecuniaire ou moral"*.
[503] *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*, p. 18.
[504] *Título executivo*, p.60.

(por exemplo, "qualidade de vida"), mais abrangente do que o interesse geral ou o interesse público.

Do ponto de vista sociológico, os interesses difusos estão ligados ao tipo de sociedade na qual vivemos, pós-revolução industrial, pós-moderno, denominada sociedade de massa sob o impacto de um novo fenômeno a globalização.

Esta dimensão é significativa para explicar a indeterminação dos sujeitos nos interesses difusos. Para Rodolfo de Camargo Mancuso[505], deriva do fato de que:

> *"(...) não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza".*

Hugro Nigro Mazzilli[506] considera que os interesses só serão verdadeiramente difusos se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, ou seja, não tem titular individual. Os interesses difusos recebem da norma legal sua conceituação instrumental para o processo civil, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 81, I preceitua: *in verbis:*

> *" I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".*

### 3.2.5 Interesses coletivos *stricto sensu*

No CDC está assim descrita a noção de interesse coletivo no art. 81, II, *in verbis*:

> *"II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".*

O conceito legal de interesse coletivo salienta a indivisibilidade, apontando o núcleo comum com o interesse difuso.

Distingue-se, pela origem, os interesses coletivos que pertençam a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis ligadas pela mesma relação jurídica básica.

---

[505] *op. cit.*, p. 81.
[506] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 56-60.

## 3.2.6 Interesses Individuais homogêneos

Têm-se interesses individuais homogêneos quando a causa de pedir numa situação metaindividual é a mesma, ou de tal forma similar, a ponto de tornar indiferente para a apuração em juízo, das peculiaridades de cada caso em particular. Como se extrai do art. 81, III, *in verbis*: "*III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*".

A causa de pedir é o feixe de direitos subjetivos individuais essencialmente divisíveis, entretanto sua titularidade é da comunidade como um todo, indivisivelmente considerada.

Da mesma forma, o pedido feito em juízo numa ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos deve ser para a tutela indivisivelmente considerada do bem. A divisibilidade percebe-se somente se manifesta na fase de liquidação e execução da sentença coletiva.

Essa criação do direito positivo brasileiro é uma "ficção" criada com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (em massa).

Sem essa expressa pressão legal, a possibilidade de defesa coletiva dos direitos individuais estaria vedada.

## 3.2.7 Distinções entre os diversos interesses

Hugro Nigro Mazzilli[507] nos apresenta um quadro sinóptico para evidenciar as principais distinções, veja-se:

| Interesses | Grupo (Comunidade, coletividade) | Divisibilidade | Origem |
|---|---|---|---|
| Difusos | Indeterminável | Indivisíveis | Situação de fato |
| Coletivos | Determinável | Indivisível | Relação jurídica |
| Individuais homogêneos | Determinável | Divisíveis | Situação de fato |

Os interesses difusos apresentam as seguintes características: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; mesmo laço fático. Exemplo os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão.

[507] Op.cit., p.123.

Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm um ponto de contato em comum, pois, reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; entretanto só interesses individuais homogêneos são divisíveis embora, às vezes, tentam uma relação jurídica comum subjacente entre os consumidores (fundamentos no interesse coletivo) o que define o interesse individual homogêneo o laço fático. Ex. são interesses individuais homologados o que liga inúmeros consumidores de toda uma série de produtos com defeitos de uma mesma posição.

Pode-se, resumir, de forma didática, e sem maiores pretensões, essas diferenças: se o objeto tutelado puder ser divisível, percebe-se que o interesse é o individual homogêneo, mas, se for indivisível deverá analisar o sujeito, se este for determinável será interesse coletivo e se for indeterminável será difuso.

### 3.2.8 Conseqüências jurídicas da ilegitimidade *ad causam*

Cumpre saber qual a conseqüência que o legislador brasileiro trouxe para o caso de ser constatada a ilegitimidade *ad causam*.

Segundo o Código de Processo Civil Brasileiro:

*Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:*
*(...)*
*VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;*
E, também, em seu art. 295:
*Art. 295. A petição inicial será indeferida:*
*(...)*
*II - quando a parte for manifestamente ilegítima;*

Este último dispositivo deve ser lido em conjunto com o que prevê o art. 267, inciso I, do CPC, evidenciando que a procedência tomada, em tal caso, é, igualmente, a extinção do processo sem o julgamento do mérito.

O que se constata, do exame de todas as prescrições normativas mencionadas, é que a ilegitimidade para a causa resulta, indubitavelmente, na extinção do processo sem o exame do mérito. Tal solução, contudo, não inviabiliza que seja novamente proposta a ação, nos termos do art. 268 do CPC.

## 3.2.9 Legitimidade ativa no direito comparado

Na maioria dos Estados em que há preocupação com a tutela jurisdicional coletiva, as associações – ONGs - possuem legitimidade ativa na proteção dos interesses metaindividuais. Assim, torna-se interessante, uma breve análise, de como o direito estrangeiro vem regulando o assunto.

Nos *Estados Unidos da América*, o direito coletivo americano é regulado, em nível federal, pela Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, que regulamentou as chamadas c*lass actions.* [508]

À luz da *Rule* 23, letra (a), que trata dos requisitos da ação, encontra-se o item 2, que indica como legitimado extraordinário ativo ou "representante" um ou mais indivíduos da classe a ser defendida na ação coletiva, bem como, que este individuo tenha sofrido diretamente o dano, que haja uma classe; o candidato a representante da classe deve ser membro dela; a classe ser tão numerosa que a reunião de todos os membros (ainda que por meio de litisconsórcio) seja impraticável; haver questões de fato ou de direito comuns a todos os membros da classe representada; os pedidos ou defesas dos litigantes serem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; estar configurada a representatividade adequada, ou seja, o autor deve ser capaz de defender adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo. [509]

Recentemente, a jurisprudência norte-americana passou a admitir, em casos excepcionais, que a representação também se fizesse por meio de associações, mas ainda não se pacificou uma posição a respeito da necessidade de a associação ter que demonstrar a existência de danos próprios (requisito para que qualquer pessoa seja tido como representante adequado) ou se bastaria que um de seus associados o tenha sofrido. Essa legitimidade extraordinária das associações também vem sendo reiteradamente admitida pelas cortes da maioria dos Estados (Alabama, Califórnia, Illinois, Washington, Texas *etc.*) mas não em qualquer caso.[510]

---

[508] Aluisio Gonçalves de C. Mendes. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69-70.
[509] Idem. p. 71.
[510] Pedro da Silva Dinamarco. *Associações e sindicatos na defesa judicial da coletividade*. Disponível em <http//www.mundojuridico.adv.Br/html/artigos/ocumentos/texto509.htm> em 22 de novembro de 2004.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth consignam que nos Estados Unidos o Ministério Público não tem atribuição de propor demandas visando à defesa de interesses metaindividuais.[511]

Na *França*, o art. 46, inc. I, da lei *Royer*, de 27 de dezembro de 1.973 dispõe *in verbis: "as associações dotadas de personalidades jurídica, tendo por objeto estatutário a defesa dos interesses dos consumidores, podem, ser autorizadas, a exercer perante todas as jurisdições a ação civil pelos fatos que produzam prejuízos diretos ou indiretos aos interesses coletivos dos consumidores"*, Assim, depreende-se que para as associações adquirirem legitimidade extraordinária para a defesa de interesses metaindividuais, é indispensável obter uma autorização estatal específica.

Para se obter tal autorização, "*é necessária manifestação do Ministério Público, bem como a demonstração da representatividade da associação, tanto em nível nacional quanto local*".[512]

No mesmo sentido, o combate contra a segregação racial é permitido às associações registradas pelo menos *cinco anos* antes da ocorrência dos fatos e cujo propósito, constante dos estatutos, conforme se verifica nos art.s. 5 a 11 da lei n. 546, de 1º de julho de 1.972.

Na *Itália*, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[513], informa que a lei n. 549, de 30 de dezembro de 1.993, reconhece "*alle associazioni esponenziali un ruolo consultivo nei confronti della pubblica amministrazione*", bem como "*forme di leggittimazione ad agire – in via inibitoria e risarcitoria – che non trovano riscontro nella disciplina italiana*".[514]

Informa também que as associações têm legitimidade para defender judicial ou extrajudicialmente os interesses do consumidor e do meio-ambiente. O art. 13 da lei 349, de 8 de julho de 1.986 "*distingue le associazioni ambientaliste a seconda che abbiano carattere nazionale o che siano presenti in almeno cinque regioni e stablisce, sul modello della legislazione francese, che il riconoscimento della rappresentatività vada effettuato dal Consiglio Nazionale dell'ambiente*".

---

[511] "(...) *embora haja sinais de que os procuradores gerais nos países de* commom law, *ou pelo menos nos Estados Unidos, estejam assumindo papel mais importante na proteção dos interesses difusos, também eles têm sido incapazes de desempenhar a tarefa sozinhos; isso porque, mais ainda que o Ministério Público do sistema continental, o* attorney general *(procurador-geral) é um funcionário político. Essa condição, se, de um lado, pode inspirá-lo, pode, também, inibi-lo de adotar a posição independente de um advogado do povo*" (op. cit. p. 52)

[512] Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à justiça*, p. 57, nota 112.

[513] Op. cit. p. 98-120.

[514] Carlo Carcarlo M. Verardi. *La tutela collettiva dei consumatori*, p. 94.

Assim, conclui Aluisio G. de C. Mendes que o sistema italiano é misto, ou seja, exige dois requisitos básicos para que se configure a legitimidade: tratar-se de associação (*ope legis*) e ter representatividade efetiva ou adequada (*ope judicis*).

Na *Alemanha*, conforme Mauro Cappelletti e Bryan Garth a Lei sobre Contratos-Padrão, em vigor desde 1º de abril de 1.977, conferiu legitimidade às associações de consumidores para ajuizar demandas visando à declaração de nulidade de determinadas cláusulas contratuais.[515]

### 3.2.10 A legitimação ativa no Brasil

A batalha pela ampliação do conceito de legitimação processual, com a abertura para a defesa em juízo, por associações - ONGs, como substitutas processuais dos direitos e interesses de seus associados ou como adequadas representantes de interesses difusos, é antiga no Brasil.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), em seu art. 513, letra "a" possibilitou aos sindicatos a substituição processual de seus associados.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950, estatuindo que às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do CC 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.

Em 1963 a Lei nº 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) autorizou em seu art. 1.º, parágrafo único, a OAB a representar em juízo e fora dele os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados com o exercício da profissão.

Novos tempos de redemocratização no Brasil animavam as propostas de participação popular, derivando a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política

[515]Cf.Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *op.cit. Acesso à justiça*, p. 58.

Nacional do Meio Ambiente) seguida da Lei Complementar n.º 40, de 13 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público) dando legitimidade ao *parquet* de intentar ação civil pública aliás, sendo, nesse momento a primeira vez que esse termo foi utilizado.

A aprovação das leis acima mencionadas, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira[516], *"(...) foi como que a deixa para que diversas pessoas, que estavam preocupadas com o assunto, se pusessem em campo e surgiu, então, um anteprojeto de lei – elaborado por um grupo de professores de São Paulo, sob a liderança deste verdadeiro motor, o dínamo em forma de mulher, que é a nossa querida colega Ada Pellegrini Grinover".*

Outro passo importante para a proteção jurisdicional dos interesses difusos e coletivos foi dado com a edição da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que criou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por essa lei, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, os órgãos da Administração Pública indireta ou as associações constituídas há mais de um ano, cuja finalidade institucional seja a defesa desses interesses, terão a faculdade de propor ação civil pública, principal e cautelar, para evitar ou reparar danos a esses interesses sociais relevantes.

Assim, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, uma série de interesses difusos (como o interesse de todos a um meio ambiente saudável) ou de interesses coletivos (como o de consumidores de um produto, reunidos em associação) podem ser defendidos em juízo através de um substituto processual o que propiciará, sem dúvida, uma maior efetividade na proteção desses interesses.

*"Lei n.º 7.347/85:*
*Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:*
*I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;*
*II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)."*

---

[516] *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*, p. 190.

O processo civil brasileiro começa, a partir daqui, a adequar-se às novas realidades de reagrupamento social, coletivização dos indivíduos e interesses sociais.

O auge se dá com a promulgação da atual Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, que em seu art. 5º, XXI, da CF, traz a legitimação, de forma explícita, para as associações representarem seus filiados (associados) judicial e extrajudicialmente, quando aquelas forem expressamente autorizadas por estes, e no art. 129, §1º de forma implícita ou compreensiva. *In verbis:*

> *"Art. 5º, XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".*
> *"Art. 5º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:*
> *a) partido político com representação no Congresso Nacional;*
> *b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".*
> *"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
> *§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."*

Na esteira da proteção coletiva foi editada a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Proteção ao deficiente físico) que no seu art. 3º assim determina, *in verbis*:

> *"Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência."*

A sociedade continuou clamando por novas regulamentações, e o ano de 1990 foi profícuo aos interesses coletivos, surgindo duas leis de extrema importância; a primeira, de n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) tratou assim, *in verbis:*

> *"Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:*
> *I-.....*
> *II .....*
> *III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária".*

A segunda, editada por determinação expressa do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, precursora e moderna, comparada ao direito estrangeiro, que criou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que tratou do tema, *in verbis:*

> *"Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)*
> *I - o Ministério Público,*
> *II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;*
> *III - .....;*
> *IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.*
> *§ 1 ° O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos art.s. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido".*

Entende-se que o CDC regulou os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e os seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes.

A Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei antitruste), acrescentou o inciso V ao art. 1º da Lei n.º 7.347/85, reconhecendo assim a viabilidade de ação coletiva sobre a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica e da economia popular.

E mais recentemente, mas já ha tempos esperado, o Estatuto do Idoso, criado pela Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 em seu art. 81, IV dispõe *In verbis:*

> *"Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:*
> *I – o Ministério Público;*
> *II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;*
> *III – a Ordem dos Advogados do Brasil;*
> *IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.*

Cumpre, nesse ponto, destacar algumas particularidades da legitimação da sociedade civil organizada, a fim de seguir este estudo sobre a contribuição desta ao acesso à justiça.

Uma discussão travada pela doutrina é definir se a partição no pólo ativo nas ações coletivas pela sociedade civil organizada é uma questão de representação ou de substituição processual e seus limites, pois, se for considerada a primeira hipótese será necessário requerer a autorização expressa e individual de seus associados; sendo a segunda, essa autorização será desnecessária.

Tal discussão parte de uma análise do Art. 5°, inciso XXI da C.F. Veja-se a opinião de Francisco Barros Dias[517] sobre a legitimidade das associações:

> *"Uma hipótese que poderia levar o menos avisado a incluí-la no elenco da substituição processual seria a do inciso XXI do art. 5º, ao ditar: 'As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente'. Atente-se para o fato que, esse caso, diferentemente dos demais, exige autorização de seus filiados, o que bem caracteriza o instituto da representação(...)"*

Com efeito, sendo de representação a hipótese do inciso XXI, caracteriza-se por agir o representante em nome dos representados, que para tanto precisam expressamente autorizá-lo.

Tal posição, contudo, apresenta-se extremamente radical, inclinando-se a doutrina no sentido de se exigir uma certa pertinência entre o direito do representado e os fins sociais da entidade associativa.

Assim, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins[518], comentando o texto constitucional, dizem que:

> *"(...) o requisito que o texto constitucional estabelece é o de que as entidades associativas estejam expressamente autorizadas, o que significa dizer que ela deverá comportar, dentro do rol dos seus fins sociais, o da defesa de direitos de seus membros. Mas é bem de ver que a dita autorização só pode versar sobre matéria pertinente aos fins sociais da própria entidade. Seria uma interpretação inadequada ao texto imaginar-se que estaria ela a conferir a possibilidade de constituírem-se procuradores universais".*

No mesmo sentido a lição de Athos Gusmão Carneiro[519]:

> *"(...) impende novamente ressaltar que a representação não poderá extravasar aos fins estatutários ou legalmente estabelecidos da entidade associativa: não irá uma associação recreativa receber autorização para*

---

[517] *Substituição processual*, p. 83.
[518] *Comentários à constituição do Brasil*, p. 114
[519] *O mandado de segurança coletivo e suas características básicas*, p.40.

*ajuizar ação de despejo em representação de associado seu, ou para representá-lo como réu em ação de despejo; e nem irá a associação de enxadristas representar associados seus perante o Sistema Financeiro da Habitação, discutindo o valor das prestações de mútuos habitacionais. Em suma: nos casos do art. 5º, XXI, da Constituição Federal vigente, encontramos uma nova modalidade do instituto da representação, para facilitar a defesa daquelès que se julguem menos aptos, ou encontrem dificuldades, por quaisquer motivos, para o ingresso `normal` em juízo em defesa de seus interesses (rectius, de seus invocados direitos), propiciando-lhes o apoio e as facilidades decorrentes do auxílio de sua entidade associativa, geralmente em litisconsórcio com outros filiados que se encontrem em idêntica ou similar situação".*

É o propósito também reconhecido por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins[520]: *"Temos para nós que o endereço principal do artigo é permitir a utilização da legitimidade das associações para aqueles casos nos quais a ação individual era extremamente onerosa, o que resultava na prática na sua não-propositura".*

Até este ponto, percebe-se a inclinação em caracterizar a legitimação como substituto processual, e é nesta esteira de pensar, que J.J. Calmon de Passos[521], ao estudar a hipótese do art. 5º, LXX, b, sustenta ser possível

*"(...) a impetração, pela entidade, de mandado de segurança coletivo em favor de seus membros ou associados, como substituto processual e independente de autorização deles, por estarem em jogo direitos (individuais) de associados seus, direitos esses que guardam certo vínculo com os fins mesmos da entidade (interesse qualificador do vínculo associativo)(...) a legitimação diz respeito não à defesa dos `direitos` dos seus membros ou associados, tout court, sim dos `direitos` de seus membros ou associados cujo substrato material seja um `interesse de membro` ou `interesse de associado`".*

A jurisprudência nacional não se pacificou quanto esse assunto. O entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, é pela desnecessidade da autorização:

*"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, 'b'. I A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. II. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla a hipótese de representação. III. O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade*

---

[520] *Op. cit.* p.115.

[521] *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p.13.

*impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe. IV. R. E. conhecido e provido".*[522]

*E ainda:*

*"Mandado de segurança coletivo. Entidade de classe. Especificidade. Na disciplina constitucional do mandado de segurança coletivo, inconfundível com a relativa à ação direta de inconstitucionalidade, não se tem, quanto à legitimação ativa, a exigência de tratar-se de entidade de classe que congregue categoria única. Constatada a abrangência, a ponto de alcançar os titulares do direito substancial em questão, mister é concluir pela configuração de hipótese ensejadora da substituição processual que distingue a espécie de mandado de segurança que é coletivo".*[523]

Já em algumas decisões o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado a necessidade de autorização prévia dos associados[524]. Mas esse entendimento não é pacífico, veja-se:

*"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ENTIDADE REPRESENTATIVA DE CLASSE. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, LXX, CF. "São dotadas de legitimidade ativa as organizações sindicais, entidades de classe ou associação para segurança coletiva em defesa de direitos e interesses de seus associados, independentemente de autorização com base no inciso LXX, do art. 5º, da Lei Magna. Somente na hipótese do inciso XXI, que encerra espécie de representação é que é ela exigível. "Recurso conhecido e provido para que a Corte a quo julgue o mérito da ação mandamental".*[525]

O substituto processual é parte da relação processual, pois também tem interesse no desenvolvimento da atividade processual, para a obtenção de provimento jurisdicional que entenda satisfatório.

Não se trata de litisconsorte dos titulares dos interesses representados pela substituição. Age pelos titulares, sem que estes possam agir, exceção feita à ação coletiva de interesses individuais homogêneos, na qual se faz possível o ingresso posterior dos interessados, convocados mediante edital, nos termos do art. 94 da Lei 8.078/90.

As entidades representativas só podem representar os seus associados, membros ou filiados, quando o direito atacado[526], corresponder com os fins sociais

---

[522] RE nº 181.138-1/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU nº 193, de 04.10.96, pág. 37.111.

[523] *STF - RTJ 150/104.*

[524] Precedentes Embargos de declaração no Mandado de Segurança nº 197/89, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 15.10.90, pg. 11.182.

[525] RMS nº 3.298/Pr, rel. Min. José Arnaldo, DJU nº 36, de 24.02.97, pg. 3.347.

[526] *"Na França, as associações, legalmente constituídas, reconhecidas de utilidade pública pelo Ministério da Justiça podem agir em juízo em nome da "família", em situações de defesa em caso de publicações que atentem aos bons costumes, conforme o art. 125, alínea 3ª, do Código de Família (Decreto-lei de 1939, modificado pela*

da mesma. Não seria correto achar que as entidades expressamente autorizadas pudessem constituir-se procuradores universais de seus associados[527].

Na representação, o representante exerce ação do representado em nome e por conta deste, não sendo parte da causa.

Por fim, mas sem a pretensão de esgotar o assunto, cabe destacar que a autorização expressa, para ser o substituto processual dos associados ou filiados, deverá estar contida nos estatutos constitutivos da sociedade ou organização e, acima de tudo, que a autorização será dispensada de prévia consulta aos associados, desde de que, seja um dos fins da sociedade organizada a tutela de direitos coletivos de forma genérica.

## 3.3 Da Competência

A competência para conhecimento jurisdicional nas ações coletivas de defesa dos interesses metaindividuais é determinada pelos dispositivos constitucionais, artigos 109 e 114, bem como nos dispositivos legais do artigo 2º da lei nº 7.347/85 (LACP) e artigos 93 e 101 da lei nº 8.078/90 (Cód. Consumidor) abaixo transcritos:

Art. 109, CF

*"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*

*I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;*

*II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;*

*III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;*

---

*Lei 75.626/75). Pela Lei 546, de 01.07.1972 que criaram a associações de luta contra o racismo, poderiam agir mesmo sem ter o reconhecimento do Ministério da Justiça, mas desde que esteja atuando a mais de 5 (cinco) anos de forma oficial. Na proteção à natureza, a Lei 76.629, de 10.07.1976, permite que associações, desde que sejam agregadas ao Ministério devido, tem legitimidade para agir, decorridos 3(três) anos de atividade".* Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio e dos consumidores*, p. 141.

527 *"A Lei Royer, n.73-1.193, de 27.12.1973, alterada pela Lei 14, de 05.01.1988, estabeleceu que as associações de defesa dos consumidores, legalmente constituídas, desde que agréées que conseguem após 1(um) ano de efetiva atuação, esse status é válido por 5 (cinco) anos renováveis pelo mesmo período, devendo representar um número mínimo de associados (10.000 para as nacionais; "um número suficiente de membros" para as locais). Estes requisitos são avaliados pelo Ministério Público, que é o responsável pelo agrément das associações, condição prévia para que adquiram capacidade e legitimação processual. Em 1995 com o novo Code de la Consommion, as associações foram legitimadas a intentar a ação reparadora por danos individuais, semelhante ao nosso CDC art.91 et seq.".* Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: História, teoria e prática*, p. 176-177.

*IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;*

*V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;*

*V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;*

*VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;*

*VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;*

*IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;*

*X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;*

*XI - a disputa sobre direitos indígenas.*

*§ 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.*

*§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.*

*§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.*

*§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.*

*§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"*

Art. 114, CF

*"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*II as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.*

*§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

*§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"*

Art. 2º da lei nº 7.347/85

*"Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.*

*Parágrafo único: A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto (NR) (Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)"*

Art. 93 e 101 da lei nº 8.078/90

*"Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:*

*I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;*

*II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.*

*Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:*

*I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;*

*II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo*

*Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio òbrigatório com este."*

Conforme os dispositivos acima, conclui-se que ressalvada a competência da Justiça Federal - aquela disciplinada na Constituição Federal, que prevalece sobre as regras do Código de Defesa do Consumidor, a competência objetiva em razão da matéria é atribuída à justiça local (Justiça comum dos Estados ou do Distrito Federal). Essa competência é absoluta[528], significando que não poderá ser prorrogada ou modificada.

Ada Pelegrini Grinover[529] ressalta que "a competência objetiva em razão da matéria, mesmo havendo interesse da União, é da Justiça Estadual, nas comarcas que não forem sede de vara do juízo federal, cabendo recurso para o TRF na área de jurisdição do juiz de primeiro grau (§§ 3º e 4º do art. 109, CF)".

### 3.3.1 Dano de âmbito local

A determinação do foro competente verifica-se em razão da extensão do dano. Quando o dano for de âmbito local, a competência é do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano[530], nos termos do inciso I do artigo 93 do CDC.

De outro lado, o artigo 2º da Lei nº 7.347/85 estabelece que "as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano[531], cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa"[532].

---

[528]Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 550.

[529]Idem., p. 550.

[530]"É plenamente justificável que assim seja: é claro que é o juízo 'do local onde ocorrer o dano' o mais indicado, mais habilitado na espécie, pela proximidade física com o evento. Demais disso, a ação é de índole reparatória, condenatória; o objeto prevalecente é o dano produzido e a recondução das coisas ao *statu quo ante*. O mesmo raciocínio é de se aplicar às hipóteses em que o dano é iminente, exigindo tutela cautelar (art. 4º da Lei 7.347/85). Embora se possa falar numa lide cautelar, com pressupostos e finalidades distintos da lide principal, o fato é que ambas apresentam, na espécie, um núcleo comum: o dano a certos interesses difusos, podendo ser efetivo ou potencial" (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, p. 50).

[531]Conquanto o aludido dispositivo da Lei da Ação Civil Pública mencione apenas "o local onde ocorrer o ano", "a norma deve ser entendida como igualmente aplicável ao foro do local *onde o dano possa ou deva ocorrer*" (Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 210).

Quando esses dois diplomas legais referem-se à competência determinada pelo lugar do dano ocorrido ou pelo local em que este possa vir a ocorrer, "isto quer dizer que a competência poderá vir a fixar-se em qualquer comarca de Estado federado respectivo, ou na do Distrito Federal, se o caso desta hipótese"[533].

### 3.3.2 Dano de âmbito regional ou nacional

O foro será o da capital do Estado ou do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, consoante o inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, o que significa, neste último caso, que o dano deve transcender à área estadual, ou seja, além dos limites de um Estado.

Se o dano transcender a uma determinada circunscrição judiciária, mas, dentro de um mesmo Estado federado ou no Distrito Federal tratar-se-á de dano regional. Quando o dano transcender a área territorial de um Estado federado ou do Distrito Federal tratar-se-á dano de âmbito nacional. Nas duas hipóteses, a competência para a causa é do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal.

### 3.3.3 Interesses difusos e coletivos propriamente ditos

Em se tratando de interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, cujo dano é de âmbito local, qual o juízo competente para esta ação? A questão se resolve pelo lugar onde se verificou o dano. Assim, se o dano se verificou na cidade de Campinas, a ação deverá ser proposta no foro da Comarca de Campinas e a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103 do CDC), valendo para todo o território nacional.

Em se tratando de interesses difusos ou coletivos propriamente ditos, cujo dano é de âmbito nacional, qual o juízo competente para esta ação? A questão se

---

[532]Preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso que "já da leitura desse dispositivo se percebe que o legislador atrelou dois critérios fixadores de competência que, ordinariamente, aparecem separados, porque um - o local do fato - conduz à chamada competência 'relativa', prorrogável, porque estabelecida em função do interesse das partes ou da facilidade para a colheita da prova; outro - competência funcional - leva à chamada competência 'absoluta', improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, de interesse do processo" (*Ação civil pública*, p. 48).

[533]Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, p. 425.

resolve pela prevenção[534]. Assim, se a extensão do dano atingir todo o território nacional e a ação for proposta, em primeiro lugar, na capital do Estado do Ceará, este juízo torna-se prevento e a sentença fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103 do CDC), valendo para todo o território nacional.

### 3.3.4 Interesses individuais homogêneos

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, cujo dano é de âmbito local, qual o foro competente para esta ação? Se o dano ocorreu na cidade de Campinas, a ação deverá ser proposta no foro da Comarca de Campinas e a sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* somente para beneficiar aqueles titulares de interesses e direitos individuais homogêneos, ou seus sucessores (art. 103, inciso III do CDC), ou seja, essa decisão não surtirá efeitos em todo o país.

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, cujo dano é de âmbito nacional, qual o juízo competente para esta ação? A questão também se resolve pela prevenção. Assim, se a extensão do dano atingir todo o território nacional e a ação for proposta, em primeiro lugar, na capital do Estado do Ceará, este juízo torna-se prevento e a sentença fará coisa julgada *erga omnes* (art. 103 do CDC), valendo para todo o território nacional.

## 3.4 Da Litispendência

### 3.4.1 Generalidades

A citação válida tem por efeitos processuais tornar em litigiosa a coisa, prevenir o juízo e induzir a litispendência (art. 219, CPC). Esta ocorre quando se reprodúz ação ajuizada antes e em curso (art. 301, §§ 1º e 3º, CPC) havendo identidade de partes, de causa de pedir próxima e remota, e de pedido, mediato e imediato (art. 301, § 2º, CPC), verificando-se que os reclamados são os mesmos e que serão os mesmos beneficiários dos direitos em discussão, ainda que numa das

[534] "O juiz que conhecer da causa em primeiro lugar, terá sua jurisdição preventa. Ele, que era cumulativamente competente com outros juízes, igualmente competentes, para conhecer de determinada causa, pelo fato de haver tomando conhecimento dela em primeiro lugar passou a ser o único competente. A prevenção, portanto, firma, assegura a competência de um juiz, já competente" (Moacyr Amaral Santos, *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, p. 56).

ações figure como autor um substituto processual de quem seja autor na outra ação.[535]

Portanto, são requisitos de litispendência entre ações idênticas, que as partes sejam as mesmas, que as ações tenham o mesmo pedido e igual causa de pedir. Diante da litispendência em função de processo já existente, extingue-se o seguinte sem julgamento do mérito (art. 267, V do CPC).

Cabe ressaltar que, sob o prisma tradicional, a litispendência e a coisa julgada estão intimamente relacionados à condição de parte no processo. Isso porque a identificação da ação, nos termos do art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC, é feita a partir da confrontação das partes, da causa de pedir e do pedido.

E, ainda que não esteja em discussão o ajuizamento de novo feito, a ensejar a ausência de coisa julgada ou de litispendência, como pressupostos processuais negativos, os jurisdicionados precisam saber os limites subjetivos dos efeitos do julgamento. Só assim, poderão descobrir quem está ou não vinculado à decisão proferida.

### 3.4.2 Tratamento legal da litispendência na ação coletiva

A questão da litispendência em relação às ações coletivas não havia recebido tratamento legal até o advento do Código de Defesa do Consumidor. O art. 104, deste código, dispôs que, *in verbis*:

> *"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva".*

O texto procura excluir o instituto da litispendência existente entre as ações de direitos coletivos e difusos e aquelas ajuizadas pelos particulares na busca de seus direitos individuais.

Numa primeira vista, o dispositivo é inócuo, pois sendo esses direitos distintos (os difusos e coletivos com os individuais), não haveria porque esclarecermos o óbvio que ressurge do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 301, do Código de Processo Civil. Vale, no entanto, como forma de espancar qualquer dúvida a esse respeito.

---

[535] Nelson Nery Júnior e Rosa Maria A. Nery, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 671 e 725.

O legislador ofereceu duas opções:

a) o autor da ação de direito individual pretende prosseguir com o seu processo, não será, em conseqüência, alcançada pela coisa julgada, mesmo favorável, assumindo assim o risco de uma coisa julgada que vier a lhe ser desfavorável;

b) poderá o autor escolher o caminho da suspensão do seu processo, quando tiver tomado conhecimento da ação coletiva, dentro de trinta dias da cientificação que deverá ser feita na forma do art. 94, do Código do Consumidor. Nessa situação, julgada procedente o pedido da ação coletiva, estará beneficiado o Autor e não necessita mais de prosseguir o seu processo. Em caso contrário, segue o feito como se nada tivesse ocorrido. É bom frisar que essa suspensão não está limitada no tempo, podendo perdurar até o julgamento da ação coletiva em definitivo.

Essas opções não oferecem maiores dificuldades quando se trata de ações coletivas de interesses e direitos difusos e coletivos e as ações de direitos individuais, estando as hipóteses perfeitamente coerentes com o ordenamento jurídico e os princípios aplicáveis à espécie.

A questão se torna difícil quando se está diante de situação em que a ação coletiva tem o mesmo objeto da ação individual, nos casos dos direitos individuais homogêneos. A imprecisão legislativa quanto à remissão dos incisos antes referida é que pode levar a essa dificuldade.

No entanto, se houver inclusão do inciso III abrangendo também o art. 104 os direitos individuais homogêneos, seria o caso de se constatar uma conexão para alguns ou uma continência para outros, em razão do objeto da ação coletiva ser mais amplo do que o da ação individual.

Nessa hipótese, poderia o Autor da ação individual se valer da faculdade desse artigo, pedindo a suspensão de seu processo e assim não procedendo, estaria sujeito a uma coisa julgada contrária diferente de uma coisa julgada favorável na ação coletiva.

Para evitar esse conflito, o caminho seria da reunião dos processos, caso haja condições, atendendo ao princípio da economia processual. Do contrário, suspenderia a ação individual na forma do art. 265, inciso IV, alínea a, do Código de Processo Civil. Nesta hipótese, haveria problema de limitação de tempo, retornando ao conflito da coisa julgada, porém não devemos esquecer que foi opção do Autor.

A continência por questão óbvia deve obedecer ao regime do juízo prevento na forma do art. 105, do CPC.

Nota-se, primeiramente, que o art. 104, do CDC, cuidou tão-somente da hipótese de ajuizamento concomitante de ações individuais, desprezando, assim, a possibilidade de serem instaurados vários processos coletivos, fato que vem tornando-se cada vez mais freqüente e problemático.

Em relação ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, colocou-se logo em discussão as remissões feitas no seio do dispositivo. A primeira parte da norma faz menção às ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81. Todavia, a segunda parte do art. 104 indicou os incisos II e III do art. 103, dirigidos aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

É possível, interpretar, ser aplicável a todas as categorias de ações coletivas as duas partes do art. 104. Entretanto, algumas considerações mais amplas devem ser feitas.

O instituto da litispendência só será útil ao processo coletivo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem seja o titular do direito material deduzido no processo. Portanto, ao lado do pedido e da causa de pedir, bastaria que se estivesse na causa coletiva, para ser considerada como idêntica, defendendo os interesses dos mesmos substituídos. Do contrário, dificilmente haveria litispendência porque outro legitimado poderia simplesmente formular idêntico pedido e causa de pedir em novo processo.

Mas há outra questão de fundo a ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e coletivos em sentido estrito, contam, como característica fundamental, com a indivisibilidade do seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniforme para o litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam, material ou logicamente, a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos.

Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis: um juiz, por exemplo, autorizado a realização de determinada atividade provocadora de barulho, apenas no período da tarde; outro somente pelas manhãs; um terceiro proibindo-a terminantemente a qualquer hora; e por fim, um que a facultasse em geral. Como proceder, diante de pronunciamentos liminares, proferidos em processos distintos, com autores também diversos, determinando ou permitindo condutas tão díspares?

Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença de litispendência. Outras soluções, como a reunião de processos, sob o argumento da conexão ou da continência, além de tecnicamente incabíveis diante da identidade objetiva, muito provavelmente acabariam ocasionando tumulto processual e retardamento no julgamento da demanda coletiva.

Por outro lado, em relação às demandas individuais, duas hipóteses de tratamento se abrem. Não se está, no caso, a confrontar eventuais direitos individuais ao ressarcimento por danos decorrentes da falta de proteção ao interesse difuso ou coletivo lesionado, pois terão se transformado, no máximo, em direitos individuais homogêneos, passíveis de defesa singular.

Ada Pellegrini Grinover, *et al.*[536] observa que *"(...) aqui, o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo nas ações coletivas na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal".*

A primeira opção é a inadmissibilidade de ações ajuizadas por indivíduos, e não propriamente ações individuais, para a defesa de interesses difusos ou coletivos. A segunda seria a aceitação, atribuindo-lhes tratamento, inclusive sob o ponto de vista da litispendência e da coisa julgada, de ação coletiva, já estudada neste trabalho.

O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão estivesse sujeito ao desmembramento. E tudo o que se disse sobre litispendência deve ser considerado também em geral para fins de efeitos do julgamento e da coisa julgada.

Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo assim, efetiva economia processual, acesso à Justiça e fortalecimento das ações coletivas. Mas, sem a fixação de prazos para o seu exercício, não há direito ou obrigação de exclusão, fazendo com que interesses menores, mas quantitativamente significativos, acabem minando o sentido das ações coletivas.

---

[536] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 830.

A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos números conflitos envolvendo aposentados, como v.g., a equivalência do benefício com o salário mínimo, o reajuste de 147%, buraco negro etc.

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, aumento de alíquotas, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, no âmbito da união, dos Estados e dos Municípios, em torno de pleitos como o direito ao reajustamento anual, de contagem de tempo dos celetistas incorporados ao regime único, transformação de cargos, extinção de direitos, citando apenas alguns poucos exemplos.

Em praticamente todos os casos mencionados, foram centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas tenham de fato cumprido o seu papel. O correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser medida essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.

José dos Santos Carvalho[537] finaliza, lecionando que:

> *"(...) a sentença improcedente nenhuma repercussão acarreta em relação a litígios individuais. Desse modo, poderá ocorrer que, em litígio individual, seja o réu condenado, por exemplo, a indenizar o autor por violação do direito deste, e em ação civil pública posterior, tendo por objeto a mesma conduta do réu, seja o pedido julgado improcedente, considerando-se a inexistência de violação. Se tiver havido trânsito em julgado da sentença que decidiu o litígio individual, nenhuma repercussão haverá da decisão que julgou improcedente o pedido na ação civil pública, fato que não renderá qualquer prejuízo para aquele que antes já vencera a demanda".*

Portanto, aplica-se à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, o Título III, do CDC, sendo esta a legislação prevalente, e não o Código de Processo Civil, por força do art. 90 do CDC (incorporado à LACP) que diz, *in verbis*: *"Aplicam-se às ações previstas neste título*

---

[537] *Ação civil pública* – comentários por artigo, p. 344.

*as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições".*

Significa que o Código de Processo Civil aplica-se apenas subsidiariamente, quando não colidir com as regras da LACP/CDC.

Os autores das ações individuais têm o direito de prosseguir com elas e nada deve impedir que o façam, mesmo porque, não impetrando ações individuais ou pedindo a suspensão no prazo legal, esperando pelo resultado da ação coletiva, poderia acontecer que esta, se julgada ao final favorável, viesse a atender apenas parcialmente às suas pretensões individuais, tanto pela procedência apenas em parte, ou porque o pedido formulado na ação coletiva fosse menos abrangente do que os dos pleitos individuais.

No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli[538] para quem, tratando-se da defesa de interesses individuais homogêneos,

> *"(...) formar-se-á coisa julgada 'erga omnes' na ação coletiva apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, e desde que o autor da ação individual requeira sua suspensão no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Se preferir não requerer a suspensão, poderá prosseguir na sua ação individual (que não será afetada pelo julgamento da ação coletiva, cf. art. 103, § 2º do CDC). Caso prefira a suspensão da ação individual, o lesado poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva (CDC, art. 94)".*

Conforme Antonio Gidi[539] *"(...) para a lei, é indiferente saber qual ação foi proposta em primeiro lugar. Não é juridicamente relevante se o consumidor [v.g., o autor isolado] propôs a sua ação individual depois da propositura da ação coletiva".*

Neste particular, vale lembrar que os direitos ou interesses individuais homogêneos, entendidos como os decorrentes de origem comum, não formam um terceiro gênero dos transindividuais ao lado dos difusos e coletivos. Constitui-se, sim, em subespécie dos coletivos, numa peculiaridade destes, introduzida na LACP pelo Art. 81 do CDC.

Segundo Min. Maurício Correia[540], do STF, referindo-se aos direitos e interesses individuais homogêneos, é correto afirmar que:

---

[538] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 184.

[539] *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 199.

[540] *"Ação Civil Pública e Legitimidade", no RE 163.231-SP, que veio a ser a posição aceita pela Suprema Corte [*acórdão ainda não publicado], in "Informativo STF", Brasília, 12/3/97.*

*"(...) esse é apenas um 'nomen juris' atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um 'tertium genus', mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos". [...] "(...) Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, 'strictu sensu', ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo".*

Hugo Nigro Mazzilli[541] afirma que os direitos individuais homogêneos,

*"(...) na verdade não deixam de ser também interesses coletivos em sentido lato. Encontram-se reunidos por essa categoria de interesses os integrantes determinados ou determináveis de um grupo de pessoas, com prejuízos divisíveis oriundos das mesmas circunstâncias de fato". [...]"(...) os interesses coletivos englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito(Art. 81, parágrafo único, II), como também aqueles que o Código do Consumidor chama de interesses individuais homogêneos(Art. 81, parágrafo único, III). Estes últimos caracterizam-se pela extensão divisível, ou individualmente variável, do dano ou da responsabilidade".*

Por essa via, nota-se desde logo que é temerário enxergar litispendência entre uma ACP em defesa dos interesses e direitos transindividuais, na forma de individuais homogêneos, e um pleito individual com alguma correspondência com a ação coletiva, eis que se tratam, os individuais homogêneos, de modalidade dos coletivos, e, portanto também não induzem litispendência (art. 104, *caput*, do CDC).

Este artigo apenas ressalva que os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o autor do feito individual se ele não requerer suspensão, muito embora, como já visto, a decisão favorável em ACP o alcance, mesmo que perca a demanda individual, pois a decisão favorável naquela faz coisa julgada quanto à premissa da sentença desta.

Ao permitir o seguimento da lide individual mesmo quando haja ACP versando sobre o mesmo assunto, é óbvio que a lei não considera haver litispendência, exatamente porque aquela ACP envolve direitos e interesses, ou difusos, ou coletivos, incluídos nestes a subespécie de individuais homogêneos. A lei apenas restringiu a abrangência da coisa julgada para excluir a ação individual

[541] Op. cit. p. 22.

dos seus efeitos se o autor optar pelo seu prosseguimento, e ainda assim ressalvando-se o alcance de eventual decisão favorável na ação coletiva.

Antonio Gidi[542] esclarece que:

> *"(...) ao compararmos as ações individuais com as ações coletivas, percebemos que não há coincidência em nenhum dos seus elementos. Quanto aos sujeitos do processo nas ações coletivas, o autor é um daqueles entes do art. 82 do CDC; nas ações individuais, o autor é a pessoa física (...)' '(...) quanto à causa de pedir, a comparação é muito mais delicada e difícil a diferenciação, e podem, inclusive, ser consideradas iguais ou, pelo menos, correspondentes. Mas a causa de pedir na ação coletiva permite o pedido de tutela de um direito superindividual indivisivelmente considerado; a causa de pedir na ação individual, por sua vez, diz respeito à tutela de um direito individual e divisível. Como já se vê, também os objetos de ambos os processos (e, por via de conseqüência, também as lides, os pedidos, os méritos) são diversos. A 'lide coletiva', se assim pudermos chamar, e a 'lide individual' são duas lides diferentes: através do pedido das ações coletivas em defesa de direitos superindividuais se requer a tutela de um direito superindividual, indivisivelmente considerado, de que é titular uma comunidade ou uma coletividade de pessoas (...)', 'O pedido na ação individual visa à tutela de um direito individual e divisível, cujo titular é o próprio autor".*

Ao analisar o art. 104 do CDC, Antonio Gidi[543] encontrou dificuldades para dissociar os pressupostos da litispendência entre as ações coletivas em defesa dos interesses individuais homogêneos e as correspondentes ações individuais, justamente porque, parece, *data venia*, não lhe ocorreu que esses direitos ou interesses não são um terceiro gênero dos transindividuais, e sim, uma subespécie dos coletivos. Foi isso que, provavelmente, o levou a criticar o referido dispositivo legal.

Inexiste, pois, litispendência entre as ações coletivas e as correspondentes ações individuais[544], mesmo nos casos em que se façam presentes os direitos ou interesses individuais homogêneos.

### 3.4.3 Desistência da ação pelo substituto processual

A afirmação, já muito difundida, de que o substituto processual não pode desistir da ação, não se aplica ao sistema das ações coletivas. O próprio parágrafo

---

[542] *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 188 e ss.

[543] Idem, p. 207.

[544] Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover, *Da coisa julgada no código de defesa do consumidor*, p. 13-17.

3º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) prevê a possibilidade de desistência da ação, por quaisquer entes legitimados, inclusive o Ministério Público.

A desistência da ação é admitida por Hugo Nigro Mazzilli[545], porque

*"(...) proposta a ação civil pública, poderão no seu curso surgir fatos que a tornem prejudicada ou pelo menos comprometida no seu êxito (a ação vem a perder o objeto, ou se afere que está insuficiente, inadequada ou erroneamente proposta). O exame da conveniência em se desistir da ação em nada viola o dever de agir do Ministério Público, que pressupõe não só a livre valoração da tutela do interesse público, como ainda, e principalmente, a valoração da existência de justa causa para propor ou prosseguir na ação"*

Por conseguinte, continua Hugo Nigro Mazzilli, *"(...) admite-se a possibilidade de desistência ou renúncia do recurso pelo Ministério Público, quando tais atos não violem seu dever de agir, e somente em casos excepcionais"* [546]

A obrigação do Ministério Público de assumir a ação objeto de desistência de co-legitimado está previsto no art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/85 pois este deve assumir a promoção da ação, em caso de desistência infundada ou abandono por associação co-legitimada.

Finalmente, se a ação civil pública ou coletiva for intentada por qualquer outro legitimado, que não o Ministério Público, este intervirá no processo, obrigatoriamente, como fiscal da lei *custos legis* (art. 5º, § 1º da Lei n.º 7.347/85).

## 3.5 Da coisa julgada

Cuida-se aqui de fazer algumas observações sobre a coisa julgada no processo coletivo, cuja sistematização está a merecer maiores detalhamentos a fim de se evitar verdadeiros disparates nesse terreno que se apresenta pouco conhecido e de aplicação prática às vezes desastrosa.

### 3.5.1 Conceito e elementos

Coisa julgada[547] pode ser definida como sendo a qualidade que a sentença adquire de ser imutável, depois que ela não couber mais recurso, condição esta,

[545] op. cit. p. 235-236.
[546] Idem, p. 249.

garantida no art. 5º, XXXVI, da CF e art. 6º, §3º, da LICC, encontramos também que a coisa julgada pode ser classificada como formal ou material.

A coisa julgada, no sistema do Código de Processo Civil, segundo determina o artigo 472[548], atinge apenas quem tenha sido parte no processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

É cediça a lição consagrada no CPC, em seu art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, que a coisa julgada se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Assim, tornam-se imutáveis os efeitos gerados na sentença, quando se encontram presentes essa tríplice identidade, inviabilizando dessa forma, a repetição de uma outra ação que albergue as mesmas características.

É certo que a coisa julgada não atua apenas com o fim de inviabilizar o ajuizamento de outras ações com essa tríplice identidade. A proibição de voltar a discutir o mérito da demanda no processo de liquidação não guarda essa coerência, vez que nesse processo não estão presentes aquelas figuras. O mesmo se diga da hipótese de relação jurídica prejudicial quando transitada em julgado, impedindo o prosseguimento de outra ação, quando também não estão presentes as três ordens, sem que nestes últimos casos se deva respeitar a coisa julgada.

Porém, não podemos olvidar que o mais comum é se discutir no campo doutrinário e jurisprudencial a hipótese da vedação da repetição da ação.

### 3.5.2 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Em nosso ordenamento jurídico, o posicionamento de que a qualidade da coisa julgada não se estende além do que foi pedido pelo Demandante e não ultrapassa aos limites das pessoas que participaram da relação jurídica processual.

Estamos diante, no primeiro caso, dos limites objetivos da coisa julgada, que o Código de Processo Civil, no art. 468, proclama nos seguintes termos: *"A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".*

---

[547] É clássica a divisão entre formal e material. Coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida. Já a coisa julgada material é o impedimento de ser a lide novamente discutida em outro processo (ou no mesmo), por estar a questão definitivamente julgada.

[548] *"Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".*

Enquanto isso, o art. 472, primeira parte, do mesmo Código, enuncia: *"A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros", demonstrando dessa forma os limites subjetivos da coisa julgada.*

Podemos resumir afirmando que no processo que visa proteger os direitos individuais, somente fará coisa julgada aqueles objetos que tiverem sido trazidos na inaugural e forem analisados e decididos pelo Juiz. O mesmo se dirá quanto a esse efeito, em relação às pessoas que integraram o processo, não havendo qualquer extensão a terceiros alheios a essa relação jurídica.

Essas diretrizes mudam de forma nos casos de demandas coletivas.

A grande novidade que diversos diplomas legais têm trazido ao sistema processual é a de alterar esse sistema de coisa julgada.

Efetivamente, a Lei nº 4.717/65 dispõe, no seu art. 18, e a lei nº 7.853/89 em seu art. 4º *in verbis:*

> *"A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".*

Da leitura do preceito legal, fica evidenciado que, se o pedido é acolhido ou rejeitado por falta de fundamento, a sentença tem eficácia *erga omnes*; se o pedido é rejeitado por insuficiência de provas, a sentença não se reveste de autoridade de coisa julgada e qualquer interessado tem a faculdade de demandar a anulação do ato impugnado, inclusive com o mesmo fundamento, se invocar prova mais convincente. Ademais, a sentença que reconhecer a prescrição da ação popular (art. 21 da Lei n. 4.717/65) alcançará a todos os interessados em propor a ação.

O art. 16 da Lei n. 7.347/85 prescreve *in verbis*:

> *"A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".*

A redação mantém similitude com o art. 18 da Lei n. 4.717/65, exceto no que diz respeito à restrição da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator, o que ensejou crítica de Paulo Valério Dal Pai Moraes[549], no sentido de que a indivisibilidade dos direitos coletivos e difusos impede tal limitação. Uma

[549] *A coisa julgada erga omnes nas ações coletivas*, p. 161.

regra de processo, criação meramente fictícia, não pode dividir o que é indivisível na realidade.

Finalmente, a Lei nº 8.078/90, em seu art. 103, estabeleceu normas mais detalhadas em relação à coisa julgada nas ações de alcance transindividual. A extensão subjetiva da coisa julgada, pela sistemática do referido diploma legal, varia conforme o direito posto em discussão seja coletivo, difuso ou individual homogêneo.

Com efeito, o art. 103 refere que a sentença faz coisa julgada *erga omnes* nos casos de interesses ou direitos difusos, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, o que deixa livre a possibilidade de propositura de nova ação por qualquer legitimado munido de novas provas; *ultra partes* quando se tratar de interesse ou direitos coletivos, ressalvando-se também a improcedência por insuficiência de provas; quando discutidos interesses ou direitos individuais homogêneos, mas apenas nos casos de procedência do pedido.

### 3.5.3 O princípio *secundum eventum litis*

Embora o princípio *secundum eventum litis* tenha sofrido grande crítica de parte da doutrina quanto a sua adoção na proteção dos direitos individuais, bastando que se veja a ênfase emprestada por Enrico Tullio Liebman[550] em negar aplicação a esse princípio quando afirma que *"(...) a não ser que se queira admitir a coisa julgada secundum eventum litis, não se deve olvidar que o mesmo retorna ao palco das atenções com todo vigor, quando se trata de processo coletivo"*.

O Brasil, motivado por diversas razões, já encampou o princípio em nosso ordenamento jurídico, desde a implantação da ação popular e da legitimação extraordinária dos sindicatos em nome da categoria, como fazendo parte da tradição brasileira.

Assim, há de se constatar que em nosso país a regra em termos de coisa julgada nos processos coletivos é beneficiar todos os titulares de direitos ou interesses, quando houver acolhimento da demanda. Tem-se, por conseguinte, a consagração do princípio de que havendo atendimento do pleito, há extensão dos efeitos da coisa julgada para beneficiar a quem participou e a quem não integrou o processo.

---

[550] *Eficácia e autoridade da sentença sobre a coisa julgada*, p. 102.

A adoção desse princípio em nosso sistema jurídico ajuda a extirpar uma série de dúvidas, principalmente quando se trata de saber se naqueles casos entendidos como de substituição processual como o do art. 5º, inciso XXI e art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, devam ser cientificados os substituídos ou pelo menos indicados na inicial. O mesmo raciocínio pode ser empregado no caso de mandado de segurança coletivo.

### 3.5.4 Aspectos da coisa julgada no Código do Consumidor

A coisa julgada, no regime do Código do Consumidor, é diversa da coisa julgada tal como tutelada pelo Código de Processo Civil. No sistema processual civil, a autoridade da coisa julgada só alcança quem tenha sido parte e só torna imutável o *decisum*.

Já a coisa julgada no sistema do Código do Consumidor, como se verá, é *secundum eventum litis*, ou seja, depende do resultado do julgamento da lide, e alcança mais do que o decidido, tornando imutáveis os próprios fundamentos de decidir.

A sistemática da Lei nº 8.078/90 em relação à coisa julgada nos casos de interesses difusos ou coletivos mostra-se defeituosa quando a ação coletiva não é acolhida por motivo diverso do que o da insuficiência de provas.

Suponha-se o caso de uma ação conduzida deficientemente por uma associação qualquer, cujo resultado final tenha sido no sentido da improcedência, por falta de fundamento legal.

Será correto que os interessados sejam abarcados pela autoridade da coisa julgada, tal como previsto nos incisos I e II do art. 103 da Lei n. 8.078/90? Poder-se-á argumentar que caberia aos interessados acionar a associação para ressarcir os prejuízos experimentados.

Entretanto, não é necessário maior esforço para se concluir que, no geral dos casos, a entidade representativa não tem condições adequadas de solvabilidade, o que reduziria essa possibilidade à inocuidade.

O citado art. 103, portanto, merece leitura flexível com as peculiaridades do caso concreto.

### 3.5.4.1 Coisa julgada nas ações de interesse difuso

O inciso I, do art. 103, do CDC, determina que:

*"A sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I, do parágrafo único, do artigo 81".*

Estamos diante da hipótese de efeito da coisa julgada extensivo a toda a coletividade, nos casos de direitos ou interesses difusos, entendidos como "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato", como preceitua o art. 81, parágrafo único em seu inciso I.

É sabido que em se tratando de ação coletiva, devemos atentar para o fato de que a mesma sempre produz um efeito inibitório que pode gerar uma execução específica, sem que se esqueça do efeito condenatório que poderá advir em benefício do legitimado extraordinário e nesse caso é destinado a um fundo especial ou produzir esse efeito em relação aos indivíduos, sem que os mesmos tenham participado do processo.

Em razão dessa circunstância, a coisa julgada desse inciso poderá provocar as seguintes situações:

a) O pedido da ação coletiva é atendido. Faz coisa julgada em favor de toda a coletividade que pode se socorrer do julgado para viabilizar indenização individual, deixando aí expressivamente insculpido o princípio *secundum eventum litis*.

b) É rejeitado o pedido por insuficiência de prova. Não há coisa julgada para nenhum legitimado, nem extraordinário nem ordinário, podendo ingressar o mesmo legitimado que anteriormente ajuizou a ação, outro legitimado extraordinário ou o individual, obviamente, produzindo prova nova.

c) O pedido é rejeitado pelo mérito. Os efeitos da coisa julgada são extensíveis aos legitimados da ação coletiva, ressalvando-se, no entanto, os direitos individuais que poderão ser buscados através da ação própria.

A idéia vem reforçada pelo §1º, do art. 103, do CDC, quando afirma que *"os efeitos da coisa julgada, previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe"*.

Aparentemente o dispositivo poderia soar como descabido, pois na realidade não podemos negar que os direitos são distintos, uma vez que os primeiros são difusos ou coletivos, enquanto os dos legitimados ordinários são individuais. No entanto, como vem afirmando a doutrina, *"(...) vale a regra para evitar polêmica"* [551] ou com fins *"(...) didáticos, visando tornar explícita regra que, de qualquer modo, se extrairia dos princípios e das regras do direito processual"*.[552]

Entretanto, é preciso que o indivíduo, sendo parte em ação individual pendente, peça a suspensão da mesma nos termos do artigo 104 do Código do Consumidor, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de não vir a beneficiar-se do resultado favorável da sentença proferida na ação coletiva.

### 3.5.4.2 Coisa julgada nas ações de interesse coletivo

Proclama o inciso II, do art. 103, da Lei 8.078/90, que *"a sentença fará coisa julgada ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso II, do parágrafo único, do artigo 81."*

Aqui nos deparamos com o caso de efeito da coisa julgada extensiva somente ao grupo, categoria ou classe, por se tratar de direitos ou interesses coletivos, definidos do inciso II, do parágrafo único do art. 81, como *"os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base"*.

As observações feitas com relação aos direitos e interesses difusos são perfeitamente adequáveis ao presente caso, inclusive no que tange ao § 1º, do art. 103.

A coisa julgada aqui é *ultra partes* e não *erga omnes*, como no primeiro caso (art. 103, I, do CDC), porque, apesar de atingir quem não tenha sido parte, limita-se ao grupo, categoria ou classe. Lembremos que na hipótese de direitos coletivos, os titulares estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Essa, a razão da limitação da lei.

Eventual resultado negativo, mesmo que não por insuficiência de provas, não obsta a propositura de demandas individuais (§ 1º do artigo 103).

---

[551] Vicente Greco Filho, *Comentários ao código de proteção do consumidor*, p. 364.
[552] Ada Pellegrini Grinover *et al*, op. cit. p, 587.

Assim, também a expressão *ultra partes* tem significado distinto, conforme seja julgada procedente ou improcedente a ação. Se procedente, atinge aos entes legitimados pelo art. 82 e aos titulares dos direitos coletivos individualmente considerados; se improcedente, atinge os mesmos, não obstando, todavia, a propositura de demandas individuais. Havendo demanda individual também o autor deverá pedir sua suspensão, nos termos do art. 104 do CDC, para poder beneficiar-se do resultado da demanda coletiva.

Aliás, tanto na hipótese do inciso I, como do inciso II do art. 103, CDC, seria inviável que a propositura de ação coletiva pudesse obstar o ajuizamento de ações individuais (haveria inconstitucionalidade por afronta ao princípio da ubiqüidade, artigo 5º, XXXV. CF), daí porque, não apenas o resultado negativo não afeta a propositura de ações individuais, como a ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais (art. 104 do CDC).

### 3.5.4.3 Coisa julgada nas ações de interesses individuais homogêneos

O inciso III, do art. 103, preceitua que *"a sentença fará coisa julgada erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III, do parágrafo único, do art. 81".*

A espécie é de direitos individuais homogêneos que o inciso III, do parágrafo único do art. 81, define como aqueles que decorrem de uma origem comum.

No caso da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada, pelo inciso III do artigo 103 do Código do Consumidor, opera efeitos *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido. Havendo procedência do pedido, o tratamento dos efeitos da coisa julgada subjetiva é idêntico ao dos interesses ou direitos difusos e coletivos.

Em caso de improcedência do pedido, aqueles que não se tiverem habilitado no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (§2º do art. 103, CDC).

Aqueles que tiverem sofrido danos serão beneficiados pela procedência da ação coletiva, efetuando a liquidação dos mesmos na forma do art. 97.

Não haveria como ser diferente, uma vez que os direitos buscados através de ação coletiva se confundem com os direitos individuais e não poderiam estes sofrer qualquer influência, quando o particular não tivesse participado como litisconsorte do

processo coletivo ou não tivesse requerido a suspensão do processo na forma do art. 104, em atendimento ao edital previsto no art. 94.

Para não ser alimentada qualquer dúvida a esse respeito, o § 2º, do art. 103, esclarece que "*em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual*".

Ao ser excluída a hipótese de alcance da coisa julgada no caso de improcedência da ação, estamos diante de situação que reforça o princípio *secundum eventum litis*, pois os direitos individuais só estarão alcançados pelo efeito da coisa julgada quando o pedido for atendido, podendo cada indivíduo requerer a liquidação da sentença e conseqüente execução do julgado.

### 3.5.5 Extensão da coisa julgada aos demais direitos coletivos

Embora o art. 103, *caput*, do CDC, mencione que a coisa julgada ali tratada se refere às ações coletivas de que trata este Código, na realidade pode-se entender que há uma abrangência bem maior desse diploma legal.

É certo que houve veto ao art. 89 do referido Código, porém há de se reconhecer que subsistiu o art. 117 que acrescentou o art. 21 à Lei nº 7.347/85, que cuida da Ação Civil Pública e nesse texto legal está afirmado em seu art. 1º, inciso IV, que o mesmo se destina a proteger *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, por força, também, da inovação trazida pelo art. 110, do Código do Consumidor.

Mesmos naqueles casos em que não existe um tratamento específico da matéria, há de se buscar subsídios na Lei 8.078/90, por ser esse diploma legal, ao lado da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), da Lei nº 4.717/65, que versa sobre a Ação Popular e os dispositivos constitucionais que discutem disciplinarmente sobre o tema são formuladores do sistema dos direitos coletivos e difusos.

Assim, pode-se afirmar que o raciocínio é válido para albergarmos o mandado de segurança coletivo, as ações ajuizadas por entidades associativas em defesa dos interesses coletivos de seus filiados, na forma do art. 5º, inciso XXI e as ações coletivas promovidas pelos sindicatos nos termos do art. 8º, inciso III, todos da Constituição Federal.

### 3.5.5.1 A coisa julgada na ação civil pública

A ação civil pública tem um rol de legitimados previsto em seu artigo 5º, e presta-se a tutelar qualquer interesse difuso ou coletivo, além daqueles expressamente previstos nos incisos I ao III: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Cabe, também, para tutelar violações à ordem econômica e mais recentemente a defesa do Estatuto do Idoso.

A coisa julgada, na hipótese da ação civil pública, vem disciplinada no artigo 16 da Lei n. 7.1347/85, operando efeitos *erga omnes*, exceto se for julgada improcedente por insuficiência de provas, caso em que nova ação poderá ser intentada por qualquer legitimado, desde que assentado em nova prova.

Determina o § 3º, do art. 103, que:

*"os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99".*

Ada Pellegrini Grinover, et al.[553] defende o dispositivo, afirmando que o mesmo foi:

*"(...) inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada secundum eventum litis, bem como na ampliação ope legis do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, in utilibus, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos".*

Em razão dessa posição, duas situações podem ocorrer:

a) improcedência do pedido, os terceiros estão imunes a essa decisão, podendo ajuizar suas próprias ações reparatórias;

---

[553] Op. cit. p. 590-591

b) acolhimento do pedido. Pelas regras clássicas da coisa julgada não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública a demandas individuais, não só por tratar-se de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei.

A espécie se enquadraria no exemplo clássico da coisa julgada penal, sendo transposta para o cível, sem que o objeto daquela ação seja o mesmo da reparação do dano.

Vicente Greco Filho[554], assim não entendeu e afirma que esse parágrafo

> *"(...) é desnecessário e, até, impertinente com relação às ações coletivas de direitos difusos ou de direitos coletivos, porque os direitos individuais não se confundem com aqueles"*, como já demonstra o § 1º, do mesmo artigo. Depois acrescenta que *"(...) a norma é de direito material. Não se trata de prejudicar as ações, como refere o parágrafo, mas de, eventualmente, prejudicar as indenizações"*.

Parece que a razão está com Ada Pellegrini Grinover. O dispositivo é necessário porque transpõe a coisa julgada de uma ação especial que não se encontra no Código do Consumidor e o art. 103, afirma que a coisa julgada ali tratada se refere às ações do CDC.

Assim, há pertinência do dispositivo e o mesmo cuida da parte processual, sem nos esquecermos que o direito material, em conseqüência, está resguardado.

### 3.5.5.2 A coisa julgada na ação popular

O sistema da coisa julgada nas ações populares é similar ao do CDC, ao qual, em rigor, serviu de inspiração. A coisa julgada opera efeitos *erga omnes*, salvo se julgado improcedente o pedido por falta de provas (art. 18 da Lei da Ação Popular), sistema esse que foi concebido com o nítido escopo de evitar o conluio entre o autor popular e o réu.

---

[554] op. cit. p. 365.

### 3.5.6 Quadro sinóptico da coisa julgada

Finalizando o item sobre a coisa julgada nas ações coletivas, sem esgotar o tema, é interessante, para fins didáticos, transcrever dois quadros sinóptico elaborados por Hugro Nigro Mazzilli[555].

<table>
<tr><th colspan="4">SEGUNDO A NATUREZA DO INTERESSE</th></tr>
<tr><td rowspan="3">DIFUSOS</td><td>Sentença de Procedência</td><td colspan="2">Sempre tem eficácia erga omnes</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Sentença de Improcedência</td><td>Por falta de prova</td><td>Sem eficácia erga omnes</td></tr>
<tr><td>Por outro motivo</td><td>Com eficácia erga omnes</td></tr>
<tr><td rowspan="3">COLETIVOS</td><td>Sentença de Procedência</td><td colspan="2">Tem eficácia, ultra partes, limitadamente ao grupo, categoria ou classe</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Sentença de Improcedência</td><td>Por falta de prova</td><td>Sem eficácia ultra partes</td></tr>
<tr><td>Por outro motivo</td><td>Com eficácia ultra partes</td></tr>
<tr><td rowspan="2">INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS</td><td>Sentença de Procedência</td><td colspan="2">Com eficácia erga omnes para beneficiar vítimas e sucessores</td></tr>
<tr><td>Sentença de Improcedência</td><td colspan="2">Sem eficácia erga omnes</td></tr>
<tr><th colspan="4">SEGUNDO O RESULTADO DO PROCESSO</th></tr>
<tr><td>Sentença de Procedência</td><td colspan="3">Beneficia a todos os lesados, observado o art. 104 do CDC; tratando-se de interesses coletivos, seus efeitos limitam-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Sentença de Improcedência</td><td>Por falta de prova</td><td colspan="2">Não prejudica os lesados</td></tr>
<tr><td>Por outro motivo</td><td colspan="2">Prejudica os lesados, exceto em matéria de interesses individuais homogêneos, observado o art. 94 do CDC</td></tr>
</table>

[555] *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 286.

## 3.6 Execução na ação coletiva

O Código de Defesa do Consumidor não inovou apenas em relação à criação de normas de direito processual coletivo de forma sistemática, instituindo, diga-se assim, uma verdadeira teoria do processo coletivo, em termos de processo de conhecimento.

Esse diploma legal foi mais além para estabelecer, de maneira pragmática, como devem ser as normas de processo, formas criativas e racionais de execução de sentença prolatadas nessas demandas, que, pela sua própria natureza, podem atingir grande número de beneficiários.

Ao lado de instituir execução coletiva e execução individual, e admitir como legitimados para exercê-las as partes enumeradas no art. 82, do *CDC,* as entidades autoras da ação para a execução coletiva, e os prejudicados ou vítimas, para as execuções individuais, derrubou a nova Lei o dogma da competência absoluta para o processo de execução, tradicionalmente vinculado ao juízo da condenação. Permitiu, assim, que a execução da sentença a título individual fosse realizada no juízo da ação condenatória ou no da liquidação, mantendo a execução coletiva perante o juízo da causa.

Através dessa providência o CDC neutralizou possíveis resistências à utilização das ações coletivas como forma racional de redução de demandas.

A execução no processo coletivo guarda certas peculiaridades em razão dos direitos que se encontram em jogo. É possível que a execução seja específica como regra, frente ao objeto que se encontra discutido na ação coletiva. Faz nascer também para os beneficiários da coisa julgada que não participaram do processo o direito de executar a parte dos prejuízos que lhe tiver ocorrido.

Da mesma forma, no processo coletivo de direitos individuais homogêneos, a condenação será genérica, como informa o art. 95, apenas fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, podendo qualquer legitimado do art. 82 ter a iniciativa, como também a vítima e seus sucessores, como se inferem do art. 97 e 98, todos do Código do Consumidor.

A condenação genérica não é novidade no direito processual brasileiro, conforme consta o art. 586, § 1º do CPC, mas, o que se vislumbra no processo

executório coletivo é a ampliação ou alargamento dos poderes do juiz, podendo ampliar o objeto e partes da ação.

Como ensina Sérgio S. Shimura[556]:

> *"(...) há uma ampliação do objeto do processo e, por conseguinte, ampliação do campo de cognição e de decisão do juiz. Percebe-se, nesse passo, que não se pode aplicar a concepção tradicional do processo civil nessa seara, visto que há de ser adaptada à nova perspectiva trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (ex.: legitimidade de parte, coisa julgada, litispendência etc.). O esquema processual clássico, nesse particular, merece adaptações, já que o contexto e as premissas são outros".*

Pode-se dizer que, em qualquer das hipóteses de ações coletivas, a execução parece ser sempre individual. Apenas há denominação de execução coletiva no art. 98 e seu parágrafo 1º, em razão da possibilidade de iniciativa desse processo pelos legitimados da ação coletiva, o que origina essa terminologia.

Para Ada Pellegrini Grinover, et al.[557]:

> *"(...) tanto num como noutro caso, porém, a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis. Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários, sendo individual o processo de liquidação e execução".* E acrescenta: *"(...) o que importa realçar é que, na técnica do Código do Consumidor, a sentença da ação coletiva que beneficiará as pretensões individuais, só reconhece o dever genérico de indenizar, dependendo ainda cada litigante de um processo de liquidação, e, portanto, de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu não só sobre o quantum debeatur, mas também quanto à própria existência do dano individual e do nexo etiológico com o prejuízo globalmente causado".*

Vale acrescentar que em razão do efeito da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* que informam esse tipo de processo, as vítimas ou seus sucessores não haverão de ter, necessariamente, participado do processo de conhecimento. É bastante que haja certidão da sentença, com ou sem o seu trânsito em julgado.

Para que a vítima ou seus sucessores possa promover a liquidação e execução da sentença condenatória coletiva, se faz obrigatório se habilitarem, bem como essa necessidade se estende aos legitimados do art. 82 do CDC.

---

[556] *Título executivo*, p. 190.
[557] *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 557-579.

Sérgio Shimura[558] informa que a habilitação acima mencionada não se confunde com a oriunda do processo de inventário, mas sim *"(...) com aquela que ocorre por intermédio das reclamações trabalhista prevista no art. 872, CLT (embora se trate de ação de natureza constitutiva e não condenatória)"*.

Em relação à execução das ações coletivas, Teori Albino Zavascki[559] diz que obtida a sentença genérica de procedência, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá da iniciativa do próprio titular do direito lesado, que será, por conseguinte, representado e não substituído no processo.

Antonio Gidi[560], aduz que a execução é verdadeira ação individual em que cada titular do direito coletivamente reconhecido deverá provar o montante de seu crédito e que faz parte do âmbito de beneficiados com a ação coletiva.

Tais observações ensejam a seguinte indagação: é, de fato, inviável toda e qualquer execução coletiva de direito coletivamente reconhecido?

O art. 98 da Lei n. 8.078/90 responde parcialmente a pergunta supra, ao dizer que a execução poderá ser coletiva abrangendo as vítimas cujas indenizações já foram fixadas em sentença de liquidação.

Por outro lado, o art. 98 do CDC, não oferece solução para os casos em que se mostra despicienda uma anterior sentença de liquidação. Em uma ação movida por uma entidade sindical em favor de seus associados, por exemplo, em que a liquidação seja passível de mero cálculo aritmético, qual será a utilidade de uma sentença de liquidação, para fins de individualização de valores, se basta ao autor coletivo promover diretamente a execução instruindo o pedido com memória do cálculo individualizada, *ex vi* do art. 604 do CPC?

A execução coletiva frise-se, sem prévio procedimento específico de liquidação, é plenamente cabível nos casos que não exigem prova singular acerca da situação do titular do direito.

---

[558] Op. cit. p. 191.
[559] *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 50-63.
[560] Op. cit. p. 32.

### 3.6.1 Justificativa legal e doutrinária para a execução coletiva

O que se evita com as ações coletivas na fase de conhecimento, é a proliferação de ações repetitivas, de efeitos tão nefastos na realidade judiciária atual, com a exigência de iniciativa de execução individual, transfere-se para o processo executivo esse problema.

Neste sentido, Sérgio Shimura[561] alerta que *"(...) a sentença que julga procedente um pedido condenatório formulado em ação civil pública configura título executivo como qualquer outro, dando ensejo à execução coletiva".*

Pense-se em quantas sentenças, quantos recursos, enfim quantos atos processuais de caráter estritamente repetitivo podem ser evitados com a execução em conjunto. Lembre-se que a famigerada morosidade do Judiciário tem por principal motivo a quantidade extraordinária de processos em andamento, cujos autos se acumulam nas dependências dos prédios dos órgãos jurisdicionais. Essa grande quantidade de ações resulta em boa parte de uma visão individualizada de litígios que em muitos casos estão contextualizados no meio social.

Razões de economia processual e de resguardo a decisões contraditórias também justificam atos executórios coletivizados. Isso porque, em vez de movimentar a estrutura judiciária para cuidar do andamento de execuções repetidas, a execução coletiva demanda atos restritos a um ou alguns processos.

As ações individuais, por outro lado, fomentam decisões divergentes dos órgãos julgadores, passíveis de ocorrerem no processo de execução, constituindo situação difícil de entendimento por parte dos jurisdicionados, destituídos que são de conhecimento técnico suficiente para discernir tal situação.

Acrescente-se que não são raros os casos em que inúmeros beneficiários da decisão coletiva não têm condições de demandar a cobrança em juízo. Ademais, tal como já ressaltado anteriormente, há situações em que os direitos individualmente considerados são irrisórios, o que desestimula a iniciativa de execução, beneficiando, via de conseqüência, o agente causador do dano, ao passo que, se vistos sob a óptica coletiva, alcançam soma ponderável. Esses empecilhos são plenamente ultrapassados quando a execução é autorizada aos entes com representação social.

---

[561] Op. cit. p. 189.

Mas, referente aos direitos difusos e coletivos, na fase executória, a legislação pátria não é clara, como no caso do dos direitos individuais homogêneos (art. 95, CDC), sob o princípio da analogia, os art.s 13 e 15 da LACP, poderiam preencher essa lacuna.[562]

O art. 15 da LACP dispõe que se decorrido o prazo de 60(sessenta dias) do trânsito em julgado da sentença condenatória para que a *associação autora* promova a execução, deverá o Ministério Público faze-lo, facultada igual iniciativa aos demais legitimados, bem como o art. 100, CDC determina um prazo maior, ou seja, de 1(um) ano decorrido sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, é permitido aos legitimados do art 82 promoverem a devida liquidação e execução.

Por derradeiro, mas não menos importante, cabe ressaltar que a execução coletiva em estudo neste item, não se coaduna com as execuções coletivas previstas na falência ou mesmo insolvência civil.[563]

## 3.6.2 Competência

No que concerne à competência, houve veto ao parágrafo único do art. 97 do CDC, que assegurava o foro do domicílio do liquidante ou exeqüente, o que denota, em uma primeira análise, a impossibilidade dessa vantagem.

É bom lembrar que, embora com o veto, o foro é de competência relativa, visando a favorecer o liquidante, sendo inteiramente aplicáveis os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover et al.[564], ao afirmar:

> *"(...) é que, vetado o dispositivo em tela, permaneceu íntegro o § 2º, inciso I, do art. 98 - que se refere ao juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, para a execução individual. Assim, fica claro que diversos podem ser o foro e o juízo da liquidação da sentença e da ação condenatória, nas ações coletivas de que trata o Capítulo II do Título III. E quais serão esses foro e juízo da ação condenatória? A resposta está no art. 101, Inc. I, do Código: a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor".* E conclui: *"(...) o fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art. 97, o inciso I do § 2º do art. 98 permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parece ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, inc. I, e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante (...)".*

---

[562] Sérgio Shimura, op. cit. p. 189.
[563] Idem, op. cit. p. 193.
[564] op. cit. p. 558-561.

É importante acrescentar que no âmbito do processo de execução comum, onde o título executivo judicial é originário de sentença penal condenatória, a competência, para liquidação e execução, é do juízo cível que seria competente para a ação de responsabilidade civil relativa ao mesmo ilícito.

### 3.6.3 A obrigação de fazer ou não fazer

O aspecto que se entende que grande destaque em matéria de execução do processo coletivo é a importância que lhe foi emprestada para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, deixando a lei bem claro que o objetivo desse tipo de ação é ter a satisfatividade atendida, quer concedendo a tutela específica da obrigação, quer determinando providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, como impõe o art. 84 do CDC.

Aqui há profunda modificação do sistema, levando-se em consideração o que existe hoje nesse tipo de execução no CPC, neste, há deliberado propósito de se transformar essas obrigações específicas em execuções por quantia certa.

O legislador procurou pôr em evidência a lição deixada por Giuseppe Chiovenda[565] ao propor que *"(...) o processo deve dar quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir"*.

Em razão desse rumo tomado pelo chamado direito coletivo, há de se afirmar que:

> *"(...) as disposições contidas neste capítulo põem bem à mostra a preocupação do legislador pela instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo e também pela sua adequação à nova realidade sócio-econômica que estamos vivendo, marcado profundamente pela economia de massa".*[566]

O ideal de coincidência que deve existir entre o que se conseguiria através de um caminho direto, sem intermediação do Estado, e o que se deve atingir por meio do processo como atividade jurisdicional, não ficou alheio a José Carlos Barbosa Moreira[567], ao afirmar que:

> *"(...) a instauração de processo judicial constitui, no comum dos casos, uma alternativa a que se recorre quando parece impossível ou difícil a atuação espontânea do direito. Logicamente, o objetivo do processo deveria consistir na obtenção de resultado prático que coincidisse de modo exato com o que se*

---

[565] *Instituições de direito processual civil*, p. 84.
[566] Kazuo Watanabe et al. *Código de defesa do consumidor*, p. 499.
[567] *Tendências na execução de sentença e ordens judiciais*, p.215.

*atingiria por aquele caminho natural. Não sendo isso possível, valorar-se-á o funcionamento do mecanismo processual, em todo caso, à luz da sua aptidão para produzir resultado próximo do ideal de coincidência. Dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito".*

Parece tranqüilo que a satisfatividade do julgado deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito.

Somente na impossibilidade, e vamos chamá-la aqui de impossibilidade material, de atender ao princípio da maior coincidência possível, é que se recorreria a uma reparação do dano, sob pena de se reconhecer,

*"(...) na verdade, a confissão da impotência da lei para assegurar a consecução do objetivo primário a que se visara. Sem dúvida, 'o equivalente pecuniário' é melhor que nada; entretanto, fora do âmbito puramente patrimonial, e em determinados casos até dentro dele, a solução revela-se muito insatisfatória(...)".*[568]

O CDC, cujas normas são extensivas aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde se fizerem presentes, no capítulo da "Defesa do Consumidor em Juízo", deixou patente o desejo de que não falte ao direito violado o meio de seu reconhecimento. Acima de tudo, a decisão proferida deve ter real efetividade, para que o direito reconhecido ao lesado seja mais que uma mera expectativa.

Ainda no art. 84, do CDC, há evidente propósito de que a obrigação não seja transformada em perdas e danos, a não ser que venha a optar o autor por esse caminho, quando impossível se apresentar a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Além da aplicação da multa diária no descumprimento da obrigação, cabe ainda ao Juiz tomar todas as providências previstas no § 5º, desse mesmo artigo, *"(...) tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, como até a requisição de força policial".*[569]

Verifica-se que não deve ficar sem efetividade a decisão, pois a obrigação, em regra, deve ser cumprida de forma específica ou obtendo-se o resultado prático equivalente.

---

[568] José Carlos Barbosa Moreira, *Limites à atuação do postulado da "maior coincidência possível"*, p. 225.
[569] Enrico T. Liebman. *Processo de execução*. p. 234.

Essa é a regra nos mais diversos sistemas jurídicos do planeta, e como informa Enrico Tullio Liebman [570]

> *"(...) conseguem-se no direito inglês resultados análogos por meios diferentes. Com efeito, o direito inglês admite sanções severas para o contempt of court, ou seja, o desrespeito à autoridade do juiz ou Tribunal que proferiu a sentença. O não-cumprimento da condenação a fazer ou não fazer inclui-se nesta figura e encontra por este caminho meios muito enérgicos de repressão".*

Esse é o caminho a ser trilhado no processo de execução dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois há de se compreender que nas,

> *"(...) ações envolvendo interesse e direitos metaindividuais sejam de natureza cominatória, nesse sentido de que venham vocacionadas à prestação específica do objeto, antes que a um sucedâneo, como a conversão em perdas e danos"* [571]

Resta ao intérprete e aplicador da lei procurar delimitar com a maior boa vontade possível, o campo de incidência das obrigações de fazer ou não fazer, tendo em vista que essas formas específicas se configuram nos meios mais eficazes do cumprimento da obrigação, até porque podem ser tomadas todas as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A execução da obrigação de fazer ou não fazer, já dizia Enrico Tullio Liebman [572] *"(...) têm por objeto uma atividade ou abstenção do devedor e o cumprimento depende necessariamente de sua vontade e disposição de praticar a atividade ou abstenção devida".*

Ugo Rocco[573], ao delimitar as hipóteses de se proceder nos casos de execução específica de fazer ou não fazer, ditou as seguintes regras:

> *"(...) a) que se trate de una obligación en que el deudor esté obligado a realizar con sua acción alguna cosa que él, no obstante, aunque obligado a hacer, no haya hecho; b) que se trate de una obligación en que el deudor esté obligado a no realizar, mediante su acción, alguna cosa, que no obstante, aunque obligado a no hacer, haya hecho. En definitiva, según lo explicamos en su oportunidad, se provee a eliminar los efectos de un hecho omisivo o de un hecho comisivo que constituye la violación de una obligación de contenido determinado".*

Anteriormente já foi visto que a execução específica é o meio mais eficaz para tornar efetiva a decisão do julgador. O desenrolar do tema não deixa dúvida a esse respeito. Há, no entanto, que se emprestar a maior extensão possível ao sentido de

---

[570] Idem, p. 234.
[571] Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, p. 294.
[572] Op. cit. *Processo* ..... p. 231.
[573] *Tratado de derecho procesal civil*, p. 353.

execução específica, sob pena de nenhuma valia ter o texto legal concernente aos direitos coletivos.

Não há maiores dificuldades em se aplicar esse poder coercitivo, quando essa obrigação de fazer resultar de cessar medidas como interditar uma obra, paralisar uma atividade, proibir uma propaganda.. Há, no entanto, grande dificuldade quando a hipótese foge aos meios convencionais, como vem ocorrendo com certa freqüência atualmente no Brasil.

Ousa-se propugnar que, em determinadas obrigações, cujos dados se encontram em poder do devedor, até porque somente a este compete manter o banco de informações, é imprescindível que se exija do obrigado o cumprimento em prazo que lhe for concedido, para apresentação dos elementos de liquidação e, em conseqüência, a satisfação do julgado.

Assim, pode-se citar como exemplos as vantagens funcionais e dos empregados, cujos dados estão em poder do órgão pagador ou do empregador; os benefícios previdenciários que são mantidos pela Previdência Social; os dados do Sistema Habitacional que são acumulados pelos órgãos competentes desse sistema; as informações constantes do sistema bancário, nos casos que lhe são afetos e os elementos constantes das seguradoras, mais precisamente nos casos de seguro em grupo.

Não se vislumbra qualquer incompatibilidade de se buscar, nesses casos, a consecução das obrigações através da forma específica de fazer ou não fazer, mormente em se tratando de direitos coletivos.

Não seria de bom alvitre que nesses exemplos citados, sem que os mesmos esgotem as possibilidades que se apresentam na prática, venha a se transformar a execução específica em execução por quantia certa. Isso significaria uma negação do direito e a impotência absoluta do Judiciário.

Todos os meios de coação deverão ser utilizados para o cumprimento dessas obrigações, desde a imposição de multas até a utilização de sanção no campo do Direito Penal.

Como bem afirma Kazuo Watanabe et al.[574],

> *"(...) o art. 330 do Código Penal, ao tipificar como delito a desobediência à ordem legal de funcionário público, completa todo esse quadro, tornando perfeitamente admissível a adoção entre nós da ação mandamental de eficácia*

---

[574] Op. cit. p. 525.

*próxima à da injunction do sistema da common law e da "ação inibitória" do direito italiano".*

É certo que há grande divergência em se aplicar os meios coercitivos penais em casos que tais, como aventou com veemência o eminente processualista e Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, José Lázaro Guimarães[575], ao afirmar que,

*"(...) a pretexto de fazer valer decisão judicial não se poderá determinar a prisão do devedor pelo inadimplemento de condenação em dinheiro, ou pela não realização de fato infungível, salvo as hipóteses do devedor de alimentos (no sentido estrito dos alimentos devidos entre si pelos parentes e pelos cônjuges) e do depositário infiel. Não desobedece a ordem judicial, no sentido penal, quem deixa de pagar quantia em dinheiro ou prestar fato infungível, porque, e isso já se viu, tais obrigações requerem execução apropriada".*

Em que pesem os fortes argumentos anteriores, Donaldo Armelin [576]entende que,

*"(...) urge dotar o Judiciário de instrumentos processuais que, através de coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva. Não se cogita de advogar a prisão por dívida, mas sim a restrição de liberdade por descumprimento de ordem judicial legítima. A isso não está inibido o Legislador Ordinário, pois a garantia individual insculpida no art. 153, § 17, da CF, hoje art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, apenas veda a prisão por dívida".*

O mesmo pensamento é defendido por Ovídio Araújo Baptista da Silva[577] que não vê repugnância a esse meio coercitivo, porque se,

*"(...) o emprego de instrumento de coerção pessoal fossem realmente ofensivos aos direitos fundamentais da pessoa humana, não se compreenderia como ordens jurídicas defensoras extremas dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, como o são as da Alemanha e da Inglaterra, zelando por uma tradição secular, continuassem a manter tais instrumentos".*

Acrescentaria apenas que a resistência a se tomar medidas mais fortes só irá privilegiar o infrator, torná-lo mais recalcitrante em cumprir qualquer ordem judicial, e desmoralizar por completo o Judiciário.

---

[575] *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*, p. 60-61.
[576] *A tutela jurisdicional cautelar*, p. 115-117.
[577] *Curso de processo civil*, p. 256.

O descumprimento da ordem judicial é que irá originar a sanção penal, por isso a mesma não deve ser confundida com a proibição da prisão por dívida, que em nada diz com a hipótese.

É bom lembrar que outros princípios constitucionais também deverão ser alcançados e aplicados no processo, como o devido processo legal, a efetividade das decisões e a inafastabilidade do controle jurisdicional, sob pena de se reconhecer as suas absolutas invalidades.

Nenhum deles estará atendido se o Judiciário se prestar apenas em declarar o direito, sem que lhe sejam assegurados meios de concretização dos julgados. Esse último postulado é o que de mais de perto interessa ao jurisdicionado, vez que ninguém irá se conformar com uma decisão judicial, se a mesma não vier a ser satisfeita. Não adianta existir um Judiciário somente para reconhecer o direito, se é incapaz de assegurar o direito reconhecido.

No direito brasileiro pode-se buscar subsídios tanto no art. 330, crime de desobediência, quanto no art. 319, crime de prevaricação, previstos no Código Penal, sem que os mesmos estejam entrando em choque com os princípios proibitivos de prisões na Constituição Federal.

# PARTE IV

# CONCLUSÃO

# CONCLUSÃO

Dentre as conclusões a que se pode chegar com a realização desse estudo, enumeramos:

1 Os direitos humanos que nesse estudo denominou-se de direitos fundamentais, de acordo com as variadas correntes doutrinárias, foram de certa forma amadurecendo, e seu fruto foi a identificação de diversas dimensões de direitos fundamentais, os quais acompanharam, intimamente, as mudanças do pensamento político/social das nações.

2 O acesso à justiça é um direito fundamental, que surgiu junto com os direitos de segunda dimensão, e como os demais direitos fundamentais, ainda continua evoluindo.

3 Não basta só acompanhar e acrescer a idéia de acesso à justiça como direito fundamental precisa -se garanti-lo, daí, concluí-se que o melhor modo é sua previsão constitucional colocando-o em condição de *cláusula pétrea*.

4 Os direitos fundamentais, no Brasil, possuem eficácia plena, mas há certos limites, por força da própria constituição. Podem, alguns, ser suspensos pelo estado de sítio e estado defesa, mas em comum, encontra-se essa limitação a situações extremas e de transitoriedade, mas, o acesso à justiça, nessas situações está garantido.

5 Existe a percepção das comunidades sociais e das jurídicas, de que o sistema judiciário ainda não respondeu, ao menos por enquanto, aos anseios de acesso à justiça e de uma célere e efetiva prestação jurisdicional, seja nos interesses individuais ou coletivos.

6 Há muitos bloqueios ao acesso à justiça, mas o Estado deve garanti-lo. A justiça tardia é sinônima de injustiça, mas, infelizmente um dos principais problemas, e dos mais graves, que atingem o Poder Judiciário é a morosidade, decorrente, para além do anacronismo processual, da falta de modernização administrativa e de mentalidade dos juristas, resistentes às inovações processuais, mesmo quando veiculadas pela lei, tornando-os responsáveis pelo fato de ser comum a tramitação de ações por anos a fio, às vezes décadas, até o seu desfecho final, sem qualquer justificação plausível.

7 A sociedade civil organizada - ONG pode ser usada como um instrumento para o acesso à justiça, em sentido mais ampliado possível. É facilmente

compreensível que a união gera a força, e nos casos litigiosos de pequena monta, pela perspectiva individual, poderão de forma coletiva alcançar sua efetiva garantia jurisdicional.

8 A definição de direito como interesse juridicamente protegido e de lide como ação qualificada por uma pretensão resistida, tem nova dimensão diante das características coletivas dos novos fenômenos, em relação ao número elevado de titulares dos novos direitos e interesses. Fala-se, pois, em direitos e interesses difusos ou coletivos, ou em individuais homogêneos, para qualificar um interesse disperso entre grupos, coletividades ou classes de pessoas, identificadas ou não.

9 As ações coletivas surgem, então, como proposta de viabilização da cidadania, mas também, e principalmente, para resolver o problema da massificação das demandas, com regência específica dada por leis especiais.

10 A ação coletiva é um instrumento do mais importante na estrutura processual civil brasileira, uma vez que sua utilização, em sede de direitos individuais homogêneos, é fundamental para a garantia do acesso à justiça na chamada jurisdição coletiva.

11 O direito processual tradicional deve se reciclar, a exemplo do que vem sendo feito pelo direito civil. Ou se renova e se adapta às novas necessidades sociais, ou perderá, em grande parte, sua efetividade e contribuirá para elevar o nível de tensão social, na medida em que estará falhando em seu objetivo de promover a paz e o bem comum na sociedade.

12 Para que isso se implemente, é necessário mudar o enfoque das relações processuais do âmbito individual e patrimonial para o eixo da indisponibilidade, quando se tratar de uma demanda coletiva.

13 Nada adianta a existência de um dispositivo constitucional amplo e de aplicação imediata e abstrata se os operadores do direito buscam desculpas, ou às vezes brechas no sistema legal para, por intermédio de uma interpretação literal, forçar um retrocesso histórico que só atende a alguns poucos interesses individuais, em detrimento do amplo e predominante interesse público.

14 É necessário, destarte, adotar uma nova mentalidade na concepção das questões processuais em sede de jurisdição coletiva. Não é mais possível a cega utilização dos institutos tradicionais do direito processual civil, tais como legitimidade, litisconsórcio, condições para o regular exercício do direito de ação e coisa julgada,

às novas questões sociais que surgem, eis que presenciamos hoje o surgimento de um direito processual eminentemente coletivo.

15 A análise de ONGs que procuram, de forma efetiva, tutelar os direitos coletivos, demonstra a viabilidade e praticidade das ações coletivas na promoção do acesso à justiça.

25 Por fim, mas não menos importante, se faz necessário que o sistema normativo vigente se adapte, para tanto, mudanças na Constituição Brasileira como a ampliação dos legitimados a agir nas ações constitucionais na defesa dos direitos fundamentais.

Enfim, muito se têm falado do assunto, e a certeza de que a solução, para o entrave do acesso à justiça não será equacionada através de uma única solução, mas sim, através da junção de todas as forças, atuando em várias frentes, implementando, eficazmente as várias propostas surgidas e outras que ainda virão.

# BIBLIOGRAFIA


AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 24ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALVIM, Thereza Arruda, Eduardo Arruda e SOUZA, James J. Marins. *Código do Consumidor Comentado.* São Paulo: RT, 1991.

ALVIM, Thereza Arruda. *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada.* São Paulo: RT, 1977.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *O Mandado de Injunção.* São Paulo: RT, 1989.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 1 º Vol. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTÓTELES. *A política.* São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *Ética a Nicômaco.* 3ª. ed. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1999.

ARMELIN, Donaldo. *A Tutela Jurisdicional Cautelar.* São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de nº 23, 1973.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil.* v. 2. 6ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BANDEIRA DE MELLO Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.* São Paulo: Revista de Direito Público, janeiro-junho 1981.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: RT, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania.* São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBÉ, Esther. 1995 *Relaciones Internacionales.* Madri: ED. Tecnos, 1995.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça.* 4ª. ed. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1984.

BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição federal brasileira.* v. IV. São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Oração aos moços.* Coleção clássicos brasileiros. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1968.

_____. *República: teoria e prática.* Petrópolis: Vozes, 1978.

BARILE, Paolo. *Diritti dell´uomo e liberta fondamentali.* Bolonha: Il Molino, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro ; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A Tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais 1981.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 3ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonecasa. *Dos Delitos e das Penas.* 11ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1995.

BELINETTI, Luiz Fernando. *Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua proteção.* São Paulo: FTD, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Contribuición a la teoria del Derecho.* Trad. de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Ed. Debate, 1990.

_____. *A era dos Direitos.* Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 7ª ed. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 5ª. ed. Rio de janeiro: Forense, 1988.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil.* 3ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOURDIEU, Pierre. *A Miséria do Mundo.* 4ª. ed. São Paulo: Vozes, 2001.

BRAVA, Silvio Caccia. Debate ocorrido em 14 de junho de 2000 na Unicamp dentro do projeto "Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil".

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual Civil* Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, J. J. *O Devido Processo Legal e o duplo Grau de Jurisdição.* Rio de Janeiro: Editora Forense 1990.

_____. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data: Constituição e Processo.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitui'vão.* Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Estado de direito.* Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPITANT, Henri. Vocabulário Jurídico. Buenos Aires: Editora Depalma, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no processo civil.* Porto Alegre: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 13 1969.

_____. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi colletivi ou diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Paiva, 11-12 giugno 1974). Pádua: Cerdam, 1976.

_____. *Tutela dos interesses difusos* (conferência proferida na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul em 27.11.84). Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. Porto Alegre: AJURIS n. 33, Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul, 1985.

CARCANHOLO, Reinaldo Antonio. *A quem pertence o amanhã? Ensaios sobre o neoliberalismo.* São Paulo: Edições Loyola, 1997.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Alguns aspectos da questão da democracia nos dias de hoje*: Disponível em <www.temasinternacionais.hpg.com.br/docs/democracia_hoje.doc>. Acesso em: 29 março 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O mandado de Segurança Coletivo e suas características básicas.* Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 316, 1991.

CARVALHO, José dos Santos. *Ação civil pública – Comentários por Artigo.* 1ª. ed. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1995.

CARVALHO, Amílton Bueno de. *Papel de Juízes na Democracia.* Porto Alegre: Revista da Ajuris n.º 70, 1997.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações coletiva no direito comparado e nacional.* São Paulo: RT, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *A garantia de acesso à justiça.* Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/acesso/textos/AGarantiaAcessoJustica.html>, acesso em 13 de julho de 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª. ed., 2. tiragem, São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

COMUNIDADE SOLIDÁRIA. *Marco Legal do Terceiro Setor.* Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.comunidadesolidaria.org.br/textos/publicacoes> Acesso em: 12 março 2003.

COMUNIDADE SOLIDÁRIA. *O que é o Projeto de Lei No. 9790 - A qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* - Brasilia: 1999. Disponível em: <http://www.comunidadesolidaria.org.br/textos/publicacoes> Acesso em: 12 março 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são os Direitos da Pessoa.* 5ª ed. Brasília: Brasiliense, 1995.

_____. *O Poder dos Juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996.

DELGADO, José Augusto. *Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual – doutrina e jurisprudência do STF.* São Paulo: Revista Jurídica nº. 260, 1999.

DENTI, Vittorio. Relazione introdutiva. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Paiva, 11-12 giugno 1974). Pádua: Cerdam, 1976.

DIAS, Francisco Barros. *Substituição processual,* Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 304, 1995.

DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática.* Madri: Edicusa, 1977.

Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária de 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada,* com notas relativas ao Direito Brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *A Instrumentalidade do Processo.* 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Associações e sindicatos na defesa judicial da coletividade.* Disponível em <http//www.mundojuridico.adv.Br/html/artigos/ocumentos/texto509.htm> em 22 de novembro de 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 404.

DOIMO, Ana Maria. *A vez e a voz do popular: movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70.* Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Anpocs, 1995.

DOMENEGHETTI, Ana Maria. *Gestão do trabalho voluntário em organizações sem fins lucrativos.* 2ª. ed. São Paulo: Esfera, 2001.

DRUCKER, Peter Ferdinand. *Administração de organizações sem fins lucrativos.* São Paulo: Pioneira, 2001.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. Jéferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, Anderson Peixoto de. O acesso à Justiça e as ações afirmativas. In: QUEIROZ, Raphael Augusto S. de (Org.). *Acesso à Justiça.* p. 17.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FELIPPE, Donaldo J. *Dicionário jurídico.* 9ª. ed. Campinas: Conan Editora, 1994.

FERNANDES, Rubem César. *Privado Porém Público – O Terceiro Setor na América Latina.* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A inércia no plano constitucional.* São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro 82, n. 19.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição.* São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo.* São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão e dominação.* 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O minidicionário da língua portuguesa.* 4ª. Ed. revista e atual. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Nilda T. *Cidadania: uma questão para a educação.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira.* Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas.* Rio de Janeiro: Livro Íbero-Americano, 1959.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

GLISSEN, Jonh. *Introdução histórica ao direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos Movimentos Sociais.* Rio de Janeiro: Loyola, 1997.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O direito como instrumento de transformação social.* Rio de Janeiro: Editora Renovar: 2001.

GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção.* Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1986, v.1.

_____. *Tutela Constitucional das liberdades.* Saraiva. São Paulo. 1989.

_____. *Comentários ao código de proteção do consumidor.* Juarez de Oliveira (coord.) São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al. Teoria Geral do Processo*, 11ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: *A tutela dos interesses difusos.* São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores.* São Paulo: Revista de Processo n. 44, 1986.

_____. *Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista Jurídica, v. 39, n. 162, 1991.

_____. *A marcha do processo.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos.* Revista de Processo, ano 25, nº 97, São Paulo: RT, 2000.

_____. *Da class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*, Édis Milaré (coord). São Paulo: RJ, 2001.

GUAITA, Aurelio. *Regimen de los derechos fundamentales.* Madrid: Revista de Derecho Político nº 13, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GUIMARÃES, José Lázaro. *As Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público*, Salvador: Panorama Editora, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos.* Vol. II. São Paulo: Editora Acadêmica. 1992.

_____: *O Direito processual e o resgate do humanismo.* Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direitos Individuais.* Separata da Revista de Informação Legislativa. nº 79, 1983.

HOUSAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUDSON, Mike. *Administrando Organizações do Terceiro Setor: O desafio de administrar sem receita.* São Paulo: Makron Books, 1999.

IANNI, Octavio. *A sociedade global.* 10ª. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito.* Trad. J Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

IPEA - Marco Legal do Terceiro Setor - Cadernos Comunidade Solidária, v.5 - Jan. 1988, Brasília: IPEA.

KAFKA, Franz. *O Processo.* Trad. de James Amado. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KANITZ, Stephen. *O que é o Terceiro Setor.* Disponível em: <http://www.filantro-pia.org>. Acesso em: 01 Abril. 2003

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito.* Trad. De Edson Bini, São Paulo:Icone Editora Ltda., 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, Galeno. *O Código e o formalismo processual.* Porto Alegre: Revista da AJURIS, 1983.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

_____. *A soberania e os direitos humanos.* São Paulo: Lua Nova n.º 35, 1995.

LANDIM, Leilah e BERES, Neide. *Ocupações, Despesas e Recursos: as Organizações sem Fins Lucrativos no Brasil - Projeto Johns Hopkins/ISER.* Rio de Janeiro: Ed Nau, 1999.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*, Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao Direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Processo de Execução.* Atualização do Professor Joaquim Munhoz de Mello, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Manuale di Diritto Processuale civile.* Vol. I. Milano: Giuffrè, 1994.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério Público no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição federal.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Juarez de Oliveira (coord). São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir.* 5ª ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.* 8ª. ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil.* 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Tutela Inibitória (individual e coletiva).* 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MAURO, José Eduardo Marques e NAVAES, Rubens. *Terceiro setor e suas perspectivas.* Caxias do Sul: Cadernos de Pesquisa, Universidade de Caxias do Sul - Pró Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, Volume 7 – n. 2, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito* - 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses coletivos e difusos.* São Paulo: RT, v. 80, nº 668, 1991.

_____. *Interesses coletivos no Código do Consumidor.* São Paulo: RT, v. 81, nº 675, 1992.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data.* 27ª. ed., Atualizado por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibililidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro.* São Paulo: Cadernos de direito público e finanças públicas, nº. 3, ano 1, abril-junho 1993.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional,* 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis.* 2ª ed. Trad. de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito.* 25ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *A coisa julgada erga omnes nas ações coletivas.* Porto Alegre: Revista da AJURIS, nº 77, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada.* São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais.* 5ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A proteção jurídica dos interesses coletivos.* São Paulo: Revista Brasileira de Direito Processual, nº 24, 1980.

_____. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.* São Paulo: Revista de Processo, Vol. 7, nº 28, 1982.

_____. A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro. *In: Temas de Direito Processual.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos.* São Paulo: Revista de Processo, v. 10, n. 39, 1985.

_____. Tendências na Execução de Sentenças e Ordens Judiciais. In*: Temas de Direito Processual*, 4ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Limites à atuação do Postulado da "maior coinciência possível. In*: Temas de Direito Processual*, 4ª Série, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *In: Temas de Direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Uma novidade: O código de processo civil inglês. In: *Temas de Direito processual: 7ª série.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática.* Curitiba: Juruá, 2001.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito.* 23ª. ed., revista e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à justiça.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. *O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo.* São Paulo: Justitia, v.160, 1992.

_____. *Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor.* Rev. de Direito do Consumidor, Vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela e Direitos Constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso prático de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Manual da Monografia jurídica.* 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida para melhor garantir o acesso à Justiça.* Disponível em http://www.saraivadata.com.br/index.cfm?bibilioteca/doutrina/doutrina.cfm?doutrina=523> acessado em 10 de março de 2005.

OFFE, Claus. *O Novo poder.* Revista *VEJA,* 08/04/98, p. 11-13.

OLIVEIRA, Francisco. Da pobreza da inflação para a inflação da pobreza. In: *ONGS: identidade e desafios atuais.* São Paulo: Cadernos Abong n.º 27, 2000.

PETRAS, James e VELTMEYER, Henry. *Hegemonia dos Estados Unidos no novo milênio.* Petrópolis: Vozes, 2000.

PETRAS, James. *Armadilha Neoliberal.* São Paulo: Xamã, 1996.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção.* São Paulo: Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo.* São Paulo: Editora Atlas, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia C. *Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais.* São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 37, 1992.

_____. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Temas de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica.* 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Lições preliminares de direito.* 27ª ed., revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Revista Meio e Mensagem - Caderno Especial: 24 anos, 22 de abril de 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil.* v. IV Parte Especial, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1976.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro,* São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça In: *Direito e Justiça - A função social do Judiciário.* José Eduardo Faria (Org.), 2ª ed., São Paulo: Ática, 1994.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção.* São Paulo: Paumape, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional.* Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 121, p. 80, 1994.

SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo.* São Paulo: Saraiva 1997.

SILVA, Edson Ferreira da. *Da Legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista de Processo nº 64, 1991.

SILVA, Felisbelo da. *Pequeno dicionário jurídico e comercial.* São Paulo: Brasilivros Editora, 1994.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil,* 2ª ed.,Vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

STEFFAN, Heinz D. Globalização, educação e democracia na América Latina. In: *A sociedade global: educação, mercado e democracia. Blumenau*: Ed. FURB, p. 67-264, 1998.

TÁVORA, Pedro Henrique. *Considerações sobre o habeas data.* vol. 149, jan./mar. São Paulo: Justitia, 1990.

TENÓRIO, Fernando (Org.) *Gestão de ONGs – Principias Funções Gerencias.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2003.

TUCCI, Rogério e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988: regramento e garantias constitucionais do processo.* São Paulo: Saraiva, 1989, p.180.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *"Class action" e Mandado de Segurança Coletivo.* São Paulo: Saraiva, 1990.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia.* Malheiros, São Paulo, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional Coletiva.* 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1990.

_____. Ação Civil pública ou ação coletiva. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei no 7.347/1985 - 15 anos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivvi e processo: la legittimazione ad agire.* Milão: Giuffrè, 1979.

WAMBER, Luiz Rodrigo. *Tutela jurisdicional das liberdade públicas.* Curitiba: Juruá, 1990.

WATANABE, Kazuo *et al.* Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária como instrumento de acesso à justiça.* Revista da PGE/SP. v. 22. São Paulo, 1984. p. 87.

_____. *Demandas Coletivas e os Problemas emergentes da práxis forense.* São Paulo: Revista de Processo nº 67, 1991.

_____. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna.* In: *Participação e Processo.* Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do estado.* Porto Alegre: Fabris, 1990.

YEAZELL, Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action.* New Haven: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos.* São Paulo: Revista Forense, 1995.

Endereços na Internet

www.idec.org.br

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

www.presidencia.gov.br

www.abong.org.br

www.adoc.com.br

www.abracon.org.br

Tombo T0179 1
Valor
Proc Fábio C. de Aquino
Data 07.07.05
Encad
Acervo 148750
Cód. ex. 124616

FIEO-BIBLIOTECA
T01791