

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**ALESSANDRA BACK**

**O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS NO BRASIL POR MEIO DO PROCESSO JUDICIAL COLETIVO**

**CURITIBA**

**2014**

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ALESSANDRA BACK

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS NO BRASIL POR MEIO DO PROCESSO JUDICIAL COLETIVO

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa I - Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

CURITIBA

2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA BACK

### O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL POR MEIO DO PROCESSO JUDICIAL COLETIVO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:                    Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas  
do Brasil – UniBrasil

Membros:                        Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas  
do Brasil – UniBrasil

Prof. Dr. Daniel Ferreira  
Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba –  
Unicuritiba

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

Para *Cleida, Gordo e Zion*, com  
todo meu amor.

## AGRADECIMENTOS

Embora já tenha a eles dedicado o trabalho, ainda quero agradecer ao meu marido Christiano Queiroz (Gordo), pelo encontro, pelo amor, pelo carinho e pela paciência. Também por ter me dado nosso filho Zion, cuja existência justifica todo o esforço. Filho, tua alegria preenche meus dias, obrigada.

Agradeço também à minha mãe Cleida Maria Back, apoiadora incondicional do meu projeto pessoal. Também por me ensinar todos os dias como ser uma pessoa melhor, a ter fé na vida e o pé na estrada. Mãezinha, quem dera se todos tivessem um pouco que fosse da tua força e determinação.

Às outras crianças da minha vida, Theo, Júlia, Aurora e Lorena, por encherem meus dias de amor e esperança. É pensando no futuro de vocês que a tia Ale teve forças para pensar em tudo isso.

Às amigas Ana Paula Pellegrinello e Tuanny Melina Gubert. A primeira parceira de atividade e companheira de vida. Obrigada por tudo sempre, amiga. A segunda eu agradeço por me ouvir, me aconselhar e me ensinar todos os dias que irmandade não precisa ser de sangue. Obrigada meu amor!

Ao querido Daniel Ferreira, amigo e companheiro de escritório, além de professor e grande colaborador de ideias. Aos demais parceiros Tanya Kristyane Kozicki de Mello e Fernando Paulo da Silva Maciel Filho pela troca de ideias, pelo enriquecimento das discussões. Foi tudo muito importante. Aos estagiários Thaís Motelevicz Martins dos Santos e Guilherme Padilha Lopes pelo auxílio, vocês dois vão longe. À funcionária Luciana Prado Alves pelos préstimos e pela amizade, obrigada.

Não posso deixar de agradecer aos meus amigos e colegas de magistério, Julieta Mendes Lopes Vareschini, Thaysa Prado Karvat, Maria Helena Fonseca Faller, Daniele Pontes, Carlos Eduardo Koller, José Osório do Nascimento Neto, Marco Antônio Lima Berberi, Carlos Eduardo Dipp Schoembakla, Igor Fernando Ruthes, Karla Ferreira de Camargo Fischer e Cláudia Beeck Moreira de Souza, por garantirem a dose de insanidade necessária para aguentar o tranco, comprovando a tese de que rir é o melhor remédio.

Em especial, meu agradecimento aos amigos Alexandre Godoy Dotta e Andréa Roloff por terem me auxiliado imensamente no início desta caminhada. Nunca esquecerei a mão estendida quando eu precisei. Obrigada.

Aos especiais colegas do Mestrado, que se tornaram amigos no decorrer da jornada: Thiago Antônio Diniz, Samuel Falavinha, Carlos Miguel Villar de Souza Júnior, José Carlos Alves, Ayeza Schmidt, Geisla Van Haandel Mendes e Luciana Ferreira de Mello, por compartilharem as angústias e comemorarem comigo as pequenas vitórias.

Aos professores, Eneida Desirré Salgado, Octavio Campos Fischer, Rosalice Fidalgo, Marcos Augusto Maliska, Paulo Ricardo Schier e Ana Carla Harmatiuck Matos, pelas valiosas lições e por me conduzirem pela mão em águas turbulentas nunca antes navegadas. Sem vocês, nada disso seria possível.

Especialmente agradeço à minha orientadora Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Mais que uma professora, um exemplo de dedicação acadêmica e uma amiga. Obrigada por tornar tudo mais fácil.

Agradeço também à UniBrasil, instituição na qual eu iniciei como professora e que me acolheu em seu programa de Mestrado, permitindo que eu me aprimorasse como profissional e pessoa. Também às funcionárias do Mestrado Rafaella e Gisele pela disposição, ajuda e paciência na tentativa de resolver nossos problemas burocráticos. Meninas, vocês são incríveis.

E, por fim, agradeço a todos os meus alunos e ex-alunos, que a esta altura já são milhares. Obrigada pelo carinho de sempre, pelo reconhecimento e pela dedicação de vocês à disciplina do Direito Processual Civil. Cada vitória de vocês é em parte minha também.

A todos meu muito obrigada!

“E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música”.  
(Friedrich Nietzsche)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1. A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO</b> .....	4
1.1 – CONSTITUCIONALISMO – BUSCANDO UMA DEFINIÇÃO .....	6
1.2 – CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A ABERTURA DEMOCRÁTICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	15
1.3 – PLURALISMO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL .....	27
1.4 – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO PREMISSA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO: FORTALECENDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	34
<b>2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E SUA JUDICIALIZAÇÃO – LIMITES INTRÍNSECOS OU IDEOLOGIA?</b> .....	42
2.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ DIFERENÇA ENTRE AS “ESPÉCIES”? .....	44
2.2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS MEDIANTE O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: SUPERANDO A CLÁSSICA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	54
2.3 – ATIVISMO JUDICIAL E RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL: LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO? .....	64
<b>3. O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: QUEBRANDO AS ESTRUTURAS DO PROCESSO CIVIL INDIVIDUALISTA</b> .....	73
3.1 – OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i> .....	77

3.2 – O SISTEMA COLETIVO BRASILEIRO E AS <i>CLASS ACTIONS</i> ESTADUNIDENSES: UM ESTUDO COMPARADO .....	84
3.3 – LEGITIMADOS A PROVOCAR O JUDICIÁRIO EM DEMANDAS APTAS A EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS ASSOCIAÇÕES COMO FORMA DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA E SOCIAL .....	95
3.4 – O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS DEMANDAS COLETIVAS VISANDO A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS .....	102
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>116</b>

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem como tema a efetivação pelo Poder Judiciário brasileiro das políticas públicas necessárias à realização pelo Estado dos direitos fundamentais sociais prestacionais. A Constituição de 1988 marca o início do verdadeiro constitucionalismo brasileiro, pois, além da ampla previsão de direitos materiais fundamentais, é com ela que se inicia o processo de supremacia da constituição em território nacional, fazendo com que todo o sistema fosse relido com base nos comandos constitucionais. Não se sustenta mais a tese que advoga a diferença de natureza entre os direitos de liberdade e os sociais, especialmente diante de uma constituição pluralista e que prevê amplamente a jurisdição constitucional. A ferramenta adequada para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, sem que isso represente afronta à separação dos poderes, é o processo judicial coletivo. Sendo assim, se mostra relevante conhecer o sistema processual coletivo brasileiro, comparando-o, para aprimorá-lo, ao sistema estadunidense. Por fim, passa-se a análise de julgados dos tribunais brasileiros para demonstrar que a hipótese se sustenta também diante da nova construção jurisprudencial sobre o tema.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; direitos sociais prestacionais; políticas públicas; poder judiciário; processo judicial coletivo.

## ABSTRACT

The present work concerns the Brazilian Judicial Branch role in the implementation, by the State, of public policies required to the fulfillment of positive fundamental social rights. The 1988 Constitution marks the beginning of the true Brazilian constitutionalism as, in addition to extensive prediction of substantive fundamental rights, it launches the idea of Constitutional Supremacy in the country, causing the entire system to be reinterpreted on the basis of Constitutional commands. The thesis upon which one holds differences between the nature of liberty rights and social rights, especially before a pluralistic Constitution that widely supports Constitutional Jurisdiction, no longer finds ground. The proper tool for the achievement of positive social rights, which will not represent a menace to the Separation of Powers, is class action. Thus, it is relevant to know the Brazilian class action system, comparing it, in order to improve it, to the American system. Finally, the work analyses some Brazilian Courts precedents to demonstrate that the hypothesis is supported by the new jurisprudence on the subject.

**Keywords:** fundamental rights; positive social rights; public policies, Judicial Branch, class action.

## INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido acerca dos direitos fundamentais, seja na esfera internacional, seja em âmbito nacional. Ainda mais instigante se torna o debate quando os direitos em foco são aqueles que derivam do estado de bem-estar social, ou seja, aqueles que impõem ao Estado uma obrigação de prestar um serviço com a intenção de promover a igualdade material em sociedade. O tema se mostra ainda mais interessante quando está sob análise uma realidade social desigual desde suas origens, como é o caso do Brasil.

O corte metodológico escolhido põe em foco a atuação do Poder Judiciário na garantia de tais direitos, muito embora não se negue a importância – por vezes maior – de outras esferas do poder público, em especial o Poder Executivo. Todavia, não se pode negar que por muitas vezes, os poderes democráticos pecam pela inércia ou pela adoção de prioridades orçamentárias distantes das reais necessidades da população.

Cientificamente, o relatório ora apresentado se justifica uma vez que a construção doutrinária a respeito do controle judicial das políticas públicas necessárias à efetivação de tais espécies de direitos vem se alterando paulatinamente. Da ideia de impossibilidade total de ingerência de uma esfera do poder estatal na de outro, passou-se a dar nova interpretação à teoria da separação dos poderes e da própria função do Estado. Isso se deu, especialmente, pela absorção da ideia de supremacia da constituição e, mais tarde, da incorporação de valores aos textos constitucionais, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a transformação da construção dogmática acerca dos direitos fundamentais é algo que releva no cenário jurídico-científico, pois a teoria crítica dos direitos humanos trouxe uma forma nova de abordagem do tema, resumidamente: os direitos humanos devem ser tratados a partir do contexto de cada povo, de cada núcleo social.<sup>1</sup> Satisfazendo essa premissa, em grande medida, o

---

<sup>1</sup> Menciona-se aqui a divisão entre as teorias abstratas e localistas dos direitos humanos, advertindo-se, contudo que a separação não será objeto de investigação na presente pesquisa. Todavia, o trabalho parte do pressuposto de que os direitos humanos e os que se tornam fundamentais pela sua constitucionalização, devem ser considerados como fruto das lutas sociais experimentadas por cada sociedade.

trabalho se volta ao contexto brasileiro e a construção constitucional e infraconstitucional nacional.

Conforme fica perceptível ao longo do trabalho, a construção científica brasileira sobre o tema proposto aponta no sentido de que é possível que direitos sociais prestacionais sejam efetivados pelo Poder Judiciário. Também relaciona o emprego do sistema processual coletivo para o chamado controle judicial das políticas públicas. Portanto, relatar as principais obras sobre o assunto se mostra relevante.

A pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro traz-se um recorte da doutrina acerca do fenômeno do constitucionalismo, tanto como modelo estatal internacional, como nacional. Para permear a pesquisa com o tema do trabalho, a análise é feita o tanto quanto possível voltada para a realidade brasileira, ou seja, a peculiar construção do constitucionalismo nacional. Após, passa-se à questão do pluralismo constitucional e à análise da garantia da supremacia da constituição como premissa para o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro.

Como compreensão necessária para o desenvolvimento do tema, no segundo capítulo, o relatório tem como foco a construção histórica dos direitos sociais como direitos fundamentais. E, como dito, se é plausível que tais direitos podem ser efetivados pelo Poder Judiciário, autores acenam com uma releitura da teoria da separação dos poderes. Certamente tal doutrina não é uníssona, pelo que se mostra necessário apontar quais os limites mais apontados para a atuação do Poder Judiciário nesses casos, porém buscando superá-los.

No terceiro e derradeiro capítulo, a ideia foi passar ao leitor um conhecimento geral sobre o processo coletivo, demonstrando as vantagens do emprego de tais ferramentas, e ainda, que para a efetivação de determinados aspectos dos direitos sociais prestacionais, a tutela coletiva é a única possível. Como o emprego das ações coletivas nos Estados Unidos é algo corriqueiro, fez-se necessária, ainda que superficialmente, comparar o sistema brasileiro com o estadunidense, em especial para demonstrar as vantagens de um procedimento mais elástico e democrático como o criado pelos irmãos do norte. Por fim, a análise se volta à jurisprudência brasileira, enriquecendo a pesquisa doutrinária com o enfoque prático dado pelos tribunais.

Como já dito alhures, a realidade social brasileira é extremamente desigual, seguindo a linha da desigualdade mundial.<sup>2</sup> Ou seja, a imensa maioria da população divide uma mínima parcela da riqueza produzida. Some-se a isso à realidade de um estado constitucional recente, cuja trajetória de gerenciamento do poder público é marcada por golpes e contragolpes, o que desvincula, em grande medida, o interesse dos agentes temporários dos interesses da população.

Por certo que o presente trabalho não apresenta resposta para todas as mazelas sociais do Brasil, mas busca uma reflexão acerca do papel de todas as esferas estatais – com relevo do Poder Judiciário –, na realização do plano constitucional de redução das desigualdades e da construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Assim, a pesquisa é finalizada, satisfazendo a pretensão inicial de proporcionar tanto para os profissionais da área, quanto para os estudantes do direito processual civil uma incursão no tema do processo civil coletivo, tão negligenciado nas cadeiras acadêmicas.<sup>3</sup> E mais, relacionar o tema com um ponto sensível a todos os brasileiros: a construção de um Brasil com menos desigualdade social, com acesso de tantos quanto possível aos bens básicos para a garantia de existência digna em sociedade.

---

<sup>2</sup> Dados apontam que em escala mundial, apenas 0,7% da população detém 41% da riqueza mundial. No cenário brasileiro, o país é terceiro pior do mundo em desigualdade, segundo dados da ONU e só perde para Bolívia e Haiti em diferença entre ricos e pobres.

<sup>3</sup> O tema do processo judicial coletivo sequer integra as grades curriculares regulares da maioria dos cursos de Direito no Brasil, sendo relegado às pós-graduações, deixando um verdadeiro vácuo de conhecimento a respeito de uma ferramenta tão útil e tão importante. Isso gera uma mistificação do instituto, até mesmo pelos integrantes do Poder Judiciário que se deparam com a necessidade de julgar uma demanda que o julgador desconhece os efeitos e alcance.

## 1. A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Na busca de confirmação para a hipótese levantada na presente pesquisa, de que os direitos sociais prestacionais podem ser exigidos pelos grupos que deles são titulares perante o Poder Judiciário por meio do processo coletivo, necessário será demonstrar que a hipótese se sustenta tanto quando analisada sob o enfoque constitucional, como quando se observa o sistema processual infraconstitucional referente a tal modalidade processual.

Para convencer o leitor acerca do que se pretende demonstrar e para o corte metodológico escolhido, inicia-se a abordagem pelo sentido do constitucionalismo, especialmente o brasileiro. Até porque se é possível defender que os direitos sociais são fundamentais e, portanto, jurisdicionáveis, importante que se compreenda os caminhos que levaram a esta conclusão. Pode parecer que a supremacia da Constituição seja algo inequívoco, evidente. Contudo, isso é uma construção relativamente recente. No Brasil há apenas um quarto de século se iniciou o processo de constitucionalização do direito,<sup>4</sup> processo que agora passa por uma fase de amadurecimento.

Portanto, para compreender o que se pretende abordar no capítulo inaugural deste trabalho, é conveniente que se faça, em primeiro lugar e ainda que em apertada síntese e de forma panorâmica, uma análise do processo histórico que culminou na hegemonia do constitucionalismo nas suas mais variadas concepções como regime jurídico adotado pelos países ocidentais.

Em um segundo momento, dar-se-á enfoque ao caso brasileiro, fazendo uma breve análise crítica das Constituições anteriores a de 1988 e a tratativa dada aos direitos sociais. Justifica-se esta escolha, por diversos motivos. Um deles é a tendência pragmática da presente pesquisa. Torna-se, portanto, imprescindível um apanhado local. De nada ou muito pouco servirá uma análise jurídica neutra, afastada de suas origens sociais. Se a ideia é buscar soluções para amenizar – ou porque não,

---

<sup>4</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. passim.

solucionar – problemas sociais brasileiros, é o contexto nacional que deve ser levado em consideração.

Todavia, o Brasil – e, portanto, a sociedade e a cultura jurídica brasileira – não estão isoladas. Sofre, como sempre sofreu, forte influência das tradições jurídicas dos países ditos centrais. Assim, se é possível afirmar que há constitucionalismo brasileiro, é forçoso reconhecer que ele, embora típico, não é de todo original, justificando, desta forma, a prévia análise internacional.

O verdadeiro constitucionalismo brasileiro é hoje o reflexo da consolidação democrática ocorrida no país no final da década de 80. Muito embora existissem textos que se denominavam constituições desde a independência, a supremacia diante do restante do ordenamento só foi alcançada em 1988. Diz-se isso ciente, contudo, de que o constitucionalismo não é um conceito estático, muito pelo contrário, ele se transforma e se adapta ao próprio caminhar dos povos em que é aplicado e no Brasil não é diferente.

Não se pode afirmar, por exemplo, que hoje, vinte e cinco anos após a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988, entendem-se e aplicam-se os paradigmas do constitucionalismo da mesma forma, sob o mesmo prisma, do que quando ele surgiu como ideia e instituto jurídico. Ao revés, ao institucionalizar o constitucionalismo, o país encontrou a doutrina estrangeira e a positivação na ordem internacional em avançado desenvolvimento, inclusive no que toca à proteção e efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Em um terceiro momento, a pesquisa neste capítulo se volta para a análise do pluralismo constitucional e, especificamente, a construção dos direitos sociais no Brasil. A análise deste fenômeno se mostra relevante, pois, por se tratar de doutrina recente, aponta soluções complexas para problemas sociais igualmente complexos.

Os anseios individuais e grupais estão refletidos na Constituição brasileira e, portanto, a realização plena de todos eles, por muitas vezes, se mostra antagônica. Porém, cada um destes interesses é a imagem legítima de um anseio popular – seja de ordem liberal ou social. A carta constitucional que assegura os direitos provenientes das duas mentalidades (social e liberal) é a constituição plural: a que representa um plano elaborado em diversas frentes, sem trazer, contudo, a forma de solução dos conflitos entre seus próprios predicados.

Um dos efeitos mais visíveis desta nova forma de teorizar o Estado é a necessidade de garantia da supremacia da constituição, que se mostra como

segurança de estabilidade do Estado Democrático de Direito, em especial no caso brasileiro. Também, se apresenta como imprescindível para a construção e efetivação do Estado social e desenvolvimentista expressado na vontade do constituinte.

Destes dois pontos – pluralismo e supremacia da constituição – releva o papel proeminente da jurisdição constitucional, que será da mesma forma, abordado. Não no sentido de defender uma maior relevância da esfera judicial em detrimento das demais, mas sim como uma condição para a realização da supremacia da constituição e para a compreensão de uma nova forma de pensar a separação dos poderes. Estas compreensões prévias certamente servirão como base para as inclusões que se pretendem na parte seguinte do trabalho – a efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, especialmente por meio do processo judicial coletivo.

## 1.1 CONSTITUCIONALISMO – BUSCANDO UMA DEFINIÇÃO

O constitucionalismo, em variadas formas, diga-se, mostrou-se como a opção adotada pela maioria dos Estados ocidentais atuais, sejam eles de tradição jurídica do *civil law* ou do *common law*.<sup>5</sup> Também se estabeleceu como paradigma de funcionamento do Estado brasileiro, cujo peculiar ordenamento mescla institutos de ambas as tradições em um sistema mestiço, como seu povo.<sup>6</sup>

Inicialmente, em uma breve perspectiva histórica, para compreender o que define o constitucionalismo, mostra-se suficiente iluminar o caminho que se inicia na Europa nos momentos imediatamente anteriores e aqueles logo após o segundo pós-

---

<sup>5</sup> Pode-se citar como exemplos, a imensa maioria dos países europeus, incluindo o Reino Unido, França, Espanha e Portugal. Também África do Sul, Índia, Bolívia, Argentina, Estados Unidos, México e Brasil.

<sup>6</sup> Cabe aqui a afirmativa feita por Fredie Didier Júnior: “O direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela dos direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos. A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado.

(...)

Temos uma *tradição jurídica própria e bem peculiar*, que, como disse um aluno em sala de aula, poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2011. p.41.

guerra.<sup>7</sup> Não será olvidada a abordagem da tradição jurídica norte americana, da qual deriva a ideia de supremacia da constituição, apenas inicia-se com o contexto europeu.

No período que antecedeu a segunda Guerra Mundial, o que ainda se verificava no contexto da Europa continental era uma cultura jurídica fundada na centralidade da lei editada pelo parlamento. Neste cenário a lei era considerada a fonte principal do direito, quase como a fonte exclusiva.

Montesquieu, ao proferir a máxima de que “o juiz é a boca da lei”, ainda que, quando dita, se referisse ao campo penal, conseguiu, sem dúvida, a mais precisa forma de definir o legalismo que subsistia ainda à época da segunda guerra. Ainda se faziam ouvir os ecos dos predicados da já distante no tempo Revolução Francesa. Não havia, de acordo com o entendimento dominante,<sup>8</sup> mesmo já no correr do século XX, muito campo para interpretações e adequações da lei emanada do parlamento, ficando o juiz adstrito ao texto legal e ao seu campo de incidência.

Na Europa continental deste período, as tradições jurídicas indicavam que não se atribuía força normativa às constituições, sendo estas vistas apenas como cartas de cunho político.<sup>9</sup> Quando muito, vetores que deveriam inspirar a atuação do legislador. Assim, em face da violação ou da omissão do poder público dos direitos porventura constitucionalmente previstos, não era dado ao cidadão o direito de invocar a tutela estatal.

As revoluções ocorridas na Europa, portanto, foram marcadas por uma desconfiança em relação aos juízes – vistos como algo que deveria ser controlado, ao máximo, pelo conteúdo do texto da norma – gerando uma supervalorização do papel do parlamento.<sup>10</sup>

Os direitos fundamentais (e as demais espécies de direitos), por sua vez, valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelo legislador ordinário, não envolvendo, em regra, nenhuma garantia contra o arbítrio na atuação das maiorias

---

<sup>7</sup> Embora José Luiz de Quadros MAGALHÃES afirme que se pode falar de constitucionalismo desde a Magna Carta de 1812. In: MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. **O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano.** Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p83/3981>> Acesso em 22.nov.2013.

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>> Acesso em 14.jun.2013.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

políticas. Da mesma forma, não havia a possibilidade de controle judicial pela omissão do parlamento na efetivação dos direitos.

Como afirma Daniel SARMENTO,

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX.<sup>11</sup>

Após a Segunda Guerra, ainda analisando o contexto europeu, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, com a queda das ditaduras de direita na Espanha e em Portugal, o quadro acima descrito alterou-se profundamente. O nazismo alemão, especialmente porque fundado na legalidade, fez emergir de forma trágica a conclusão de que as maiorias políticas podem facilmente causar elas mesmas a barbárie, ou então serem cúmplices da tragédia humana e do genocídio.

Neste ponto, destaca-se, como o fez SARMENTO que, à época da guerra, as maiorias parlamentares sequer poderiam se intitular – embora o fizesse – como representantes do povo como um todo,<sup>12</sup> uma vez que o sufrágio universal só foi conquistado no pós-guerra. Ou seja, a sacralizada maioria política se tratava, em verdade, de uma maioria de representantes de uma minoria dominante.

Tal constatação levou os povos europeus, por meio do exercício do poder constituinte, a escreverem novas constituições, as quais criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos trazidos no próprio texto capazes de assegurar a supremacia da constituição. Além disso, previam sistemas diferenciados de proteção dos direitos fundamentais, garantindo que a proteção se desse

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> MAGALHÃES ensina que o constitucionalismo liberal era incompatível, num primeiro momento, com a ideia de democracia, ou seja, tomada de decisões a partir da maioria da população. O constitucionalismo vitorioso das revoluções burguesas garantia a liberdade individual dos homens ricos e brancos. Não houve num primeiro momento, qualquer pleito para que o voto fosse universal e garantisse a manifestação da vontade de toda a população. MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. Op. cit.

especialmente em face do legislador, figura antes considerada como a única fonte digna da norma jurídica.<sup>13</sup>

Interessante notar, que analisada sob esta perspectiva a concepção de Constituição na Europa continental vai se aproximar daquela já existente nos Estados Unidos desde a gênese da jurisdição constitucional, dos primórdios do constitucionalismo.

Foi já em 1803 que a Suprema Corte estadunidense construiu o entendimento de supremacia da Constituição sobre as leis e, portanto, da possibilidade de que o Judiciário controlasse a constitucionalidade do ordenamento jurídico, através da célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury versus Madison*.<sup>14</sup>

Muito embora a decisão tenha sido dada para que a Suprema Corte se esquivasse do julgamento do mérito de uma questão eminentemente política, esta decisão do início do século XIX é considerada a origem do *judicial review*,<sup>15</sup> ou seja, da possibilidade de que o juiz controle a constitucionalidade das leis e atos normativos. Isso porque a Corte deu aplicabilidade ao artigo 6º, cláusula 2ª da Constituição de 1787, que informa que a Constituição é a “lei suprema do país”.<sup>16</sup>

Contudo, se nota uma diferença relevante: a sintética Constituição dos Estados Unidos se limita, desde seu texto original fruto da Revolução Americana, a

<sup>13</sup> É importante que se diga, para não incorrer em uma análise linear da história, que os direitos fundamentais não surgiram a partir da sua positivação, como que caídos do céu. Eles são, na verdade, frutos do reconhecimento de sua titularidade pelos povos e indivíduos antes da positivação. A internalização dos direitos fundamentais, ou sua constitucionalização, também é resultado de intensa produção de pactos internacionais, que se iniciou no século XVIII, mas se intensificou após o término da segunda guerra. Sobre a trajetória histórica dos direitos fundamentais ver: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p 12-60. PIOVESAN, Flávia. **Os direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. passim.

<sup>14</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de *Common law* e *Civil law* na Sociedade Contemporânea**. Tese de doutorado. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf)> Acesso em 20.fev.2102.

<sup>15</sup> Para aprofundamento no assunto consultar: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 85-130.

<sup>16</sup> “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”. “This constitution, and the Laws of the United States wick shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or wick shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. Disponível em <<http://www.law.ou.edu/hits/constitucion/>> Acesso em 22.nov.2013.

traçar de forma básica a organização do Estado, prevendo alguns poucos direitos individuais; já as cartas europeias trazem em seu conteúdo normas de variados temas do Direito, que influenciaram toda a sua aplicação a partir de então.

No pós-guerra, as constituições europeias absorveram, portanto, a ideia de supremacia e da necessidade, portanto, de controlar a constitucionalidade do que não fosse constituição. Todavia, os sistemas criados para este controle diferem radicalmente daquele já existente nos Estados Unidos.

Os Estados Unidos sempre adotaram o controle de constitucionalidade difuso, realizado caso a caso. Para garantir certo grau de coerência às decisões sobre constitucionalidade das normas, existe um sistema de precedentes vinculantes para a garantia da eficácia *erga omnes*, por assim dizer, das decisões da Suprema Corte.<sup>17</sup>

A Europa, em sua maioria, adotou o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas, realizado em abstrato por cortes constitucionais criadas para este fim, algumas até mesmo desvinculadas do Poder Judiciário<sup>18/19</sup>.

No cenário europeu do pós-guerra, além da criação e fortalecimento da jurisdição constitucional para a garantia da supremacia das novas constituições, a aplicação direta de seus comandos pelo Poder Judiciário teve que necessariamente ser acompanhada de adoção de técnicas novas e novos estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.<sup>20</sup>

Isso porque grande parte das normas mais importantes destas novas cartas tem como particularidade uma abertura semântica e uma indeterminação de conteúdo – os chamados princípios – e, “a necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes<sup>21</sup> – frequente em constituições compromissórias, marcadas

<sup>17</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf)> Acesso em 20.fev.2012.

<sup>18</sup> Como é o caso da França, por exemplo.

<sup>19</sup> O Brasil, por sua vez, na Constituição de 1988, optou pelo duplo controle, aproximando-se, inevitavelmente, ainda mais do modelo do *common law*, embora adote também o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas.

<sup>20</sup> Na verdade, a reação contra o formalismo jurídico como doutrina na Europa é bem anterior ao advento do constitucionalismo do 2º pós-guerra, remontando ao final do século XIX. Veja-se, a propósito, HESPANHA, Antonio Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997. p. 196-235.

<sup>21</sup> Como afirma SARMENTO: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista”. In: **O**

pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou recorrente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial”.<sup>22</sup>

O novo paradigma de Estado que surgia na Europa ocidental, contudo, estava ainda atrelado à doutrina liberal, sendo aquele, portanto, “responsável apenas pela segurança das relações sociais, de forma a proteger a liberdade do indivíduo”.<sup>23</sup>

Por outro lado, diante da destruição da guerra, as novas cartas constitucionais passaram a trazer a previsão expressa da necessidade de que o Estado fosse da mesma forma responsável pela qualidade de vida dos cidadãos, instituindo os direitos sociais de toda ordem,<sup>24</sup> inclusive os prestacionais.<sup>25</sup>

O clima de solidariedade nacional que se instalou após a II Guerra nos países vitoriosos e também nos derrotados, seguida pela solidariedade supranacional que se verificou após a definição do novo quadro geopolítico que se instalara, criaram as condições e estímulos para “consolidar as convicções ‘socialmente orientadas’ de todos os governos, aí incluídos os conservadores, os democratas-cristãos e os liberais”.<sup>26</sup>

Além disso, o avanço das democracias partidárias e de massa já havia começado a delinear a importância das reivindicações dos trabalhadores, fazendo surgir, até mesmo antes da segunda guerra, ao menos nos Estados centrais, o

#### neoconstitucionalismo...

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 138.

<sup>24</sup> Para SARMENTO: “As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito”. In: **O neoconstitucionalismo...**

<sup>25</sup> Na lição de Marcos Augusto MALISKA: “Os *direitos derivados a prestações*, sobre os quais escreve Canotilho, revestem-se do direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos, bem como o direito de igual quota parte (participação) nas prestações fornecidas, por estes serviços, à comunidade”. MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit. p. 145.

<sup>26</sup> FIORI, José Luis. **Estado de bem-estar social: padrões e crises**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/physics/v7n2/08.pdf>> Acesso em 15.nov.2013.

estado de bem-estar social, com a positivação de direitos sociais como fundamentais.<sup>27</sup>

Nesta toada, o estado social pode ser definido como “o resultado de um compromisso histórico entre as classes trabalhadoras e os detentores do capital. Este compromisso foi a resposta a uma dolorosa história recente de guerras destrutivas, lutas sociais violentas e crises econômicas graves”,<sup>28</sup> muito embora alguns apontem que ele tenha surgido como resposta dos Estados liberais à crescente do socialismo.<sup>29</sup>

Legitimar tais decisões no seio das sociedades plurais e complexas a partir de então reconhecidas, estimulou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, teorias estas que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico tendia a ignorar ou considerar como fora do campo jurídico.<sup>30</sup>

Esta incorporação de valores carregados de subjetividade surge especialmente e se consolida como teoria jurídica a partir da constitucionalização maciça dos direitos fundamentais, seguindo a tendência internacional de proteção dos direitos humanos, apontada como uma das principais características do constitucionalismo moderno.<sup>31</sup> Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, diferenciando o constitucionalismo da chamada democracia procedimental, ensina que

O constitucionalismo tem, como pedra angular, os direitos fundamentais que, por sua vez, representam valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte – de

---

<sup>27</sup> Muito embora não se possa generalizar a experiência como alerta o autor: “Se a investigação mais recente permitiu – como sempre na hora em que a Coruja já levantou seu vôo – esclarecer melhor a complexa rede de determinações econômicas, ideológicas e políticas que definem e diferenciam o Estado de Bem-Estar Social contemporâneo dos sistemas anteriores de organização das políticas sociais governamentais, ela também explicitou melhor as diferenças que separam as várias experiências nacionais do mesmo *welfare state*. Já não cabe a menor dúvida, por exemplo, de que o modelo norte-americano tem muito pouco a ver com o modelo nórdico, e este com o da Europa ocidental, e de todos eles com o Japão. Para não falar de sua diferença com o *welfare state* que foi sendo construído em algumas periferias capitalistas, em particular no caso latino-americano”. Idem.

<sup>28</sup> “A designação ‘estado social’ tem várias genealogias. Foi com esta designação que Marcello Caetano tentou rebatizar o Estado Novo. No virar do século XIX para o século XX foi a designação usada pelos socialistas para marcar a forma política do estado que faria a transição para o socialismo. É esta também a designação que consta da Constituição Portuguesa de 1976. Nas ciências sociais, e consoante as filiações teóricas, as designações mais comuns têm sido a de estado-providência ou estado de bem-estar. É tendo em mente estas últimas designações que falo do estado social, um tipo de estado cuja melhor concretização teve lugar nos países europeus mais desenvolvidos depois da segunda guerra mundial”. SANTOS, Boaventura Souza. **O Estado social, Estado providência e de bem-estar**. Disponível em : <[http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content\\_id=2968300&page=-1](http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=2968300&page=-1)> Acesso em 14.jun.2013.

<sup>29</sup> FIORI, José Luis. Op. cit.

<sup>30</sup> Embora se reconhecesse já no positivismo certo grau de discricionariedade judicial, como reconhece Kelsen em sua Teoria pura do Direito.

<sup>31</sup> “DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 – Artigo 16º: Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

máxima manifestação da soberania popular – que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo, estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais.<sup>32</sup>

O constitucionalismo moderno, portanto, resgata o Direito do calabouço das ciências exatas para mostrá-lo como ele é: uma ciência social.<sup>33</sup> Referindo-se ao neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo atual, SARMENTO bem resume o que ora se está a expor:

Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A idéia de racionalidade jurídica aproxima-se da idéia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.<sup>34</sup>

No constitucionalismo contemporâneo, portanto, verifica-se a influência tanto do formato liberal de Estado, quanto do social, já que a maioria das constituições modernas reflete evidentes positavações conflitantes entre direitos fundamentais de conteúdo liberal e social,<sup>35</sup> muito embora, a princípio, aos direitos sociais se tenha negado efetividade. O que se configura a partir de então é uma concepção substantiva das constituições, não sendo mais possível defender uma acepção meramente procedimental.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 50.

<sup>33</sup> Para aprofundar-se no tema, ler: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003. passim.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo...**

<sup>35</sup> Verifique-se, a respeito, a lição de Luís Roberto BARROSO: "O avanço do socialismo científico – não apenas no campo da propagação de ideias, mas de sua efetiva adoção como forma de organização político-econômica por um terço da humanidade – rompeu a dogmática unitária do constitucionalismo liberal. O primeiro pós-guerra assiste ao surgimento do constitucionalismo social, na fórmula do compromisso entre a burguesia e o proletariado em ascensão. Já não há mais o "monopólio ideológico" dos princípios a serem gravados na constituição. Preservados, embora, os postulados essenciais do liberal-capitalismo, elas incorporaram a tutela de alguns interesses das classes trabalhadoras e dos desfavorecidos em geral. Obrigada a ceder no plano da superestrutura jurídica, a resistência burguesa se transferiu para a tentativa de minimizar, na prática, o avanço social, inclusive pela negação do caráter jurídico das normas que o propiciavam". In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. p. 101.

<sup>36</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 70.

Buscando definir o constitucionalismo<sup>37</sup> Paolo COMANDUCCI aponta para as ambiguidades que podem surgir quando do emprego da expressão, dependendo da acepção que se dá ao termo: em uma primeira acepção, o termo designa uma teoria ou ideologia ou um método de análise do direito. Em uma segunda acepção, o termo designa uma alteração de elementos jurídicos e políticos que são descritos ou explicados pelo constitucionalismo como teoria, ou que satisfazem os requisitos do constitucionalismo como ideologia. Para o autor, *“en esta segunda acepción, ‘constitucionalismo’ y ‘neoconstitucionalismo’ designam un modelo constitucional, o sea, un conjunto de mecanismos normativos y institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los Poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”*.<sup>38</sup>

Portanto, o que define o constitucionalismo atual é a adoção por cada Estado de uma constituição soberana, que, de acordo com a tradição jurídico-política de cada povo, reflita a positivação dos valores que o permeavam no momento constituinte. Também, a constituição contemporânea garante a efetivação dos direitos de acordo com os valores que permeiam a sociedade no momento da aplicação do direito. A constituição do constitucionalismo moderno, portanto, limita o exercício do poder estatal, além de assegurar direitos fundamentais de toda ordem em face das mais variadas violações – comissivas ou omissivas.

Percebe-se que a resposta para a pergunta proposta varia de acordo com o tempo e o espaço analisados.<sup>39</sup> Esta é uma característica própria de uma ciência social criada culturalmente como é o Direito. Assim também entende Gustavo ZAGREBELSKY

La cuestión que hay que examinar está caracterizada, también ella, en sentido histórico, como todos los problemas de método en las ciencias sociales. Las respuestas no se presentan como válidas indiferentemente en todo tiempo y en todo lugar. Dependen, finalmente, de dos factores enlazados entre sí, ambos insertos en la relatividad de la

---

<sup>37</sup> Embora o autor faça no trabalho referido adiante uma análise de diversos tipos de constitucionalismo: em sentido amplo e restrito, forte e fraco, a presente abordagem não explicitará todas elas para não sair do foco da pesquisa, que são os direitos sociais e o processo coletivo.

<sup>38</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em 15.nov.2013.

<sup>39</sup> Como exemplo do que ora se afirma, basta ver o constitucionalismo andino, que vem fazendo história por sua originalidade na forma de pensar o poder, a sociedade e até mesmo o planeta. Para uma melhor compreensão do tema ver: NEGRI, Toni. et al. **Pensando el mundo desde de Bolívia**. I ciclo de seminarios internacionales. Disponível em: <[http://www.embajadadebolivia.com.ar/m\\_publicaciones/libros-pdf/06pensando\\_elmundo.pdf](http://www.embajadadebolivia.com.ar/m_publicaciones/libros-pdf/06pensando_elmundo.pdf)> Acesso em 14.jun.2013.

experiencia histórica: las características del objeto – la constitución – y las tareas de la ciencia – el derecho constitucional – en relación a ese objeto.<sup>40</sup>

Por ser um processo histórico, permeado de cultura, não se aconselha definir o constitucionalismo para além da supremacia da Constituição e da garantia dos direitos fundamentais, sem que se incorra em generalizações perniciosas. Ou seja, cada povo definiu e define cotidianamente pela prática social o conteúdo do seu próprio constitucionalismo. Reconhecem seus valores nas cartas constitucionais locais, embora alguns valores possam ser, como são, compartilhados.

Surgir nos Estados Unidos e na Europa, portanto, não impediu que o fenômeno constitucionalismo se reproduzisse com características próprias em vários países da América Latina e África como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e também no Brasil. Aqui, especialmente, a partir da Constituição de 1988. Este é o tempo e o espaço que importam para a presente pesquisa. Por isso se mostra relevante a análise do caso brasileiro e as suas particularidades.

## 1.2 – O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A ABERTURA DEMOCRÁTICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

O conceito de constituição pode ser dado como a “regra estrutural do Estado e da sociedade, tendo em vista que objetiva regular o exercício do poder, a organização do Estado, bem como assegurar direitos e garantias fundamentais”.<sup>41</sup> Estes últimos considerados como valores mínimos a serem assegurados pelo Estado ao seu povo.

Feitas tais considerações, é preciso traçar, ainda que brevemente, o perfil da Constituição brasileira promulgada em 1988. A análise partirá da sequência de constituições – ou tentativas de – que vigoraram em território nacional, para finalizar valorando a atual carta constitucional.

Nossa primeira carta constitucional nasceu sob as influências do constitucionalismo clássico, “assim considerado o movimento de ideias construído em torno do célebre artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de

---

<sup>40</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Tradución de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 28.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: RT, 1995. p. 26.

1789”<sup>42</sup>, que buscava assegurar um regime liberal de Estado – o exercício, ainda que virtual para a maioria da população – dos direitos de liberdade.

Embora houvesse a expressa previsão da separação dos Poderes – como preceituava o texto internacional – a marca da constituição imperial era a previsão do Poder Moderador exercido pelo Imperador, Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante. Nas palavras de Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, aí residia “a chave de toda a organização política brasileira”<sup>43</sup>. Isso torna de plano o constitucionalismo brasileiro peculiar.

Destaca-se deste texto constitucional a atribuição ao Poder Legislativo das prerrogativas de interpretar a lei e guardar a Constituição. Afonso Arinos de Melo FRANCO definiu assim a primeira constituição brasileira de 1824:

Redigida com inegáveis saber e habilidade, a Constituição do Império era um documento que permitia larga construção interpretativa. Aos poucos, ela foi se afeiçoando às condições peculiares do nosso país e, durante o período de sua vigência, permitiu a criação de uma moldura política para o governo até mesmo a criação de um certo regime político, que sem ser original nas ideias (nem o poderia ser, nas condições que prevaleciam) foi, até certo ponto na execução”.<sup>44</sup>

Este ponto de vista é corroborado por Gilmar Ferreira MENDES, para quem o texto “foi um grande estatuto político, uma *lei fundamental* que logrou absorver e superar as tensões entre absolutismo e o liberalismo, marcantes de seu nascimento, para constituir afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioridade constitucional”.<sup>45</sup>

Até mesmo alguns direitos sociais se faziam presentes no texto, como a educação, por exemplo, garantida a todos como dever do Estado brasileiro.<sup>46</sup> Contudo, os direitos assegurados constitucionalmente não passavam de escritos, não se concretizavam na prática. A realidade social brasileira era de classes bem definidas, dominadas por aquela que era proveniente da família real ou com ela guardava qualquer tipo de afinidade.

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: teoria da constituição; as Constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 161

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. Op. cit. p. 227.

<sup>46</sup> VIEIRA, Sofia Lerche. **A educação nas constituições brasileiras, texto e contexto**. Disponível em <<http://www.emaberto.inep.gov.br/index.php/RBEP/article/viewFile/498/508>> Acesso em 13.fev.2013.

O que imperava era a vontade do soberano, e isso era visível também no planejamento do desenvolvimento social. Este se deu, em larga medida, de acordo com a necessidade da realeza, mais tarde cedendo ao império do comércio e depois do capital. Além do que, o conceito de cidadão participante da vida política era extremamente restrito. Para comprovar tal afirmativa, basta mencionar o regime escravocrata vigente<sup>47</sup> capaz de ilustrar perfeitamente a distorção entre o texto constitucional e a concepção de ser humano importada da Metrópole.

Derrubado o regime monárquico, em uma revolução pacífica, é instalado o republicano. A mudança radical do paradigma estatal trouxe a premente necessidade da elaboração de uma nova carta constitucional, a de 1891, cujos trabalhos da constituinte foram liderados por Rui Barbosa. Este notório jurista brasileiro trouxe para o sistema brasileiro forte influência da tradição norte americana, tanto que o Brasil passou a se chamar Estados Unidos do Brasil.<sup>48</sup>

Contudo, a crítica, mais uma vez, que se fazia ao texto constitucional da primeira república é que ele não era o reflexo da realidade sócio-política do Brasil na época e, devido às instabilidades institucionais experimentadas no ainda frágil estado republicano brasileiro,<sup>49</sup> a Carta Constitucional sofreu profundas alterações em 1926, sucumbindo em 1930<sup>50</sup> diante do golpe chefiado por Getúlio Vargas.

A chamada Revolução de 30 insere-se num contexto social e econômico de tensão, não só dentro das fronteiras brasileiras, mas também nos países centrais. Com a quebra da Bolsa de Nova Iorque ocorrida em outubro de 1929, inicia-se uma crise econômica de escala mundial, colocando em crise todas as economias com

---

<sup>47</sup> A abolição da escravatura vai acontecer somente em 1888, sendo que os negros tiveram direito ao voto em 1891, desde que alfabetizados. Os indígenas, da mesma forma, somente passaram a votar em 1945, sem falar nas mulheres, que passaram a ter direito ao voto em 1934 e nos analfabetos, que passaram a ter direito ao voto somente em 1985.

<sup>48</sup> Em que pese as profundas diferenças no surgimento de cada uma destas nações e da forma de união de suas unidades federativas. Rui Barbosa é apontado como o precursor brasileiro da advocacia das liberdades perante o Supremo Tribunal Federal, conforme lição de Elival da Silva Ramos na obra referida.

<sup>49</sup> A república do café com leite, como ficou conhecida.

<sup>50</sup> Nas palavras de Gilmar Ferreira MENDES: "Mesmo assim, até porque essas alterações não se mostraram suficientes para aplacar os ânimos dos seus adversários, os quais, a rigor, mais atacavam o governo do que as corroídas instituições da Primeira República, mesmo assim a constituição de 1981 não resistiu à voragem dos acontecimentos, vindo a ser tragada pela Revolução de 1930, a cuja frente se colocaram, inicialmente, os governadores de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul e da Paraíba, que depuseram o presidente Washington Luiz, entregaram o governo transitoriamente a uma Junta Militar, que o exerceu até o dia 3 de novembro daquele ano, quando o assumiu, em caráter definitivo, o então governador do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, que chefiara a insurreição vitoriosa, empunhando entre outras, a bandeira da verdade eleitoral, da renovação dos costumes políticos e das transformações sociais". Op. cit. p. 230.

participação nos mercados internacionais. Este era o caso do Brasil e suas exportações de café, cujos cultivadores eram, à época, os donos do poder.<sup>51</sup>

Esta transição marca a tentativa da passagem do Estado brasileiro de liberal – o que em grande escala sequer havia sido concretizado, no sentido do exercício pleno dos direitos civis e políticos – para um ensaio de Estado social.<sup>52</sup>

Com a finalidade de institucionalizar a Revolução de 1930, foi promulgada a Carta de 1934. Mesmo com um curto período de vida – de 1934 a 1937 – o que se destaca nesta constituição, que viria mais tarde a se incorporar em nossa tradição constitucional, “foi seu caráter democrático, com certo colorido social, traduzido no esforço, que acabou se mostrando infrutífero, de conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo, no âmbito político; e o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental”.<sup>53</sup>

Portanto, novamente, no que se refere à efetivação dos direitos, nada mudara. A distância entre direitos escritos e direitos gozados era abissal e continuaria assim. Mais um golpe sobreveio, anulando a evolução que acenara a Constituição de 1934. Em substituição, a carta seguinte de 1937 era de cunho ditatorial. Assim sendo, dispunha que o chefe do Poder Executivo poderia expedir decretos-leis sobre qualquer matéria de competência da União, enquanto não se reunisse o Parlamento – o que não aconteceu durante toda a ditadura do Presidente Vargas. Nenhum controle de constitucionalidade seria exercido sobre o conteúdo dos milhares de decretos-leis editados nesta época, porque além de concentrar o poder de legislar, o Chefe do Poder Executivo poderia acionar em causa própria um mecanismo de anticonrole de constitucionalidade, previsto na própria Constituição.<sup>54</sup>

O período, portanto, foi de completa permissividade jurídica, podendo-se afirmar que a Constituição, compreendida a partir de seu papel limitador do poder estatal, sequer chegou a vigorar.<sup>55</sup>

Mencione-se, contudo, que foi nesta época e por decreto-lei do Chefe do Poder Executivo que passou a vigorar no Brasil a Consolidação das Leis do

---

<sup>51</sup> Conforme terminologia empregada por Raymundo FAORO em sua obra *Os donos do poder*.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002. p. 270.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Op. cit. p. 232.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 234.

<sup>55</sup> Como afirmou Pontes de MIRANDA, a Constituição de 1937 “não se realizou; não foi respeitada – quase toda, *nem, sequer, existiu*”.

Trabalho,<sup>56</sup> legislação de forte cunho social, que regula as relações de emprego – e, portanto, a relação entre capital e trabalho – até os dias de hoje. Muito embora se possa tecer críticas ao método antidemocrático da criação do texto da norma, é inegável a importância da legislação trabalhista nascida nesta época.

Em 1945 foi eleita a Assembleia Nacional Constituinte pós Estado-Novo, reforma iniciada a partir do governo, cuja comissão responsável adotou como base o texto constitucional de 1934.

A doutrina constitucionalista da época<sup>57</sup> apontava como os principais equívocos da Carta de 45 o enfraquecimento do Poder Executivo, o fortalecimento do Poder Legislativo, a criação de óbices à intervenção do Estado no domínio econômico (apontado como incompatível com a sociedade industrial que surgia) e a adoção ilimitada do pluralismo político – o que denota o forte caráter liberal do texto.

Por conta do instável cenário político que caracterizou o período,<sup>58</sup> o texto vigorou por vinte anos – período considerável diante das demais –, até novo golpe militar, desta vez no ano de 1964. Antes da análise do regime instituído a partir de então, cumpre permear neste ponto o enfoque com o tema da pesquisa, os direitos sociais.

No período que antecedeu o golpe militar de 1964 se verificou o processo mais extenso na história brasileira até então de promoção dos direitos das pessoas, em especial dos trabalhadores: direito a carteira de trabalho e, com ela, a assistência social, a aposentadoria, a organização sindical, ao acesso à justiça para a defesa dos seus direitos.<sup>59</sup> Além disso, iniciava-se um amplo projeto de direito ao voto. Tal se dá,

---

<sup>56</sup> DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.

<sup>57</sup> Por todos, ver as obras de Miguel REALE.

<sup>58</sup> “Apesar de tudo isso e de vários abalos durante o tempo em que esteve em vigor – aqui nos referimos, especialmente, às crises que levaram ao suicídio de Getúlio Vargas; ao impedimento do Vice-Presidente João Café Filho, à tentativa de obstar a posse de Juscelino Kubitschek de Oliveira e aos levantes militares durante o seu governo, à renúncia de Jânio Quadros, com a subsequente ‘manobra’ para, frustrada a tentativa de impedir a posse do Vice-Presidente João Goulart, reduzir-lhe os poderes, mediante a adoção de uma canhestra fórmula parlamentarista, que, tão artificial e ilegítima, porque mudava a *identidade* da Constituição. Logo a seguir veio a ser rejeitada em *consulta plebiscitária* –, apesar disso tudo, não se pode esquecer que, sob aquela Constituição, vivemos mais de vinte anos em clima de tolerância e paz, até 31 de março de 1964, quando as Forças Armadas, com inegável apoio da sociedade civil, cansada, no dizer de Afonso Arinos, da ‘esmerada incompetência da inépcia’, depuseram o desnordeado Presidente João Goulart, mergulhando o país num regime autoritário que durou precisos quarenta anos”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Op. cit. p. 238

<sup>59</sup> SADER, Emir. **Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil:** da ditadura à atualidade. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/06\\_cap\\_1\\_artigo\\_03.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/06_cap_1_artigo_03.pdf)>. Acesso em 21.nov.2013.

especialmente porque a época representa a passagem do Brasil de um país agrícola e rural para outro, industrial e urbano. A passagem, como de costume, não se dá de forma planejada, iniciando-se o processo de crescimento dos bolsões de pobreza nas cidades.

Por outro lado, “denunciava-se, especialmente, a violência no campo, os assassinatos de trabalhadores, de dirigentes sindicais rurais e das Ligas Camponesas, qualificados como violência do latifúndio e seus grupos armados, que tentavam perpetuar seu poder centrado na posse das imensas propriedades improdutivas”.<sup>60</sup>

Contudo, apesar de representar uma mudança significativa na positivação de direitos que tinham em vista a melhoria da qualidade de vida dos brasileiros, a Carta de 46 representou uma tentativa de criação de um Estado de bem-estar brasileiro, mas não passou disso, tentativa. A desigualdade social – e, portanto, o acesso aos direitos sociais prestacionais – persiste em níveis de países muito pobres e a ideia predominante ainda era a de uma constituição meramente procedimental,<sup>61</sup> quando muito.

Soma-se a isso o fato de que um projeto de mudanças profundas precisa de tempo para se realizar e o plano da Constituição de 46 não pode, uma vez mais, se concretizar, pois novamente as Forças Armadas tomariam o poder, depondo o então Presidente João Goulart.<sup>62</sup>

Buscando institucionalizar o golpe, em 1967, foi aprovado diante de um congresso acuado, cujos líderes oposicionistas já se encontravam com os mandatos e direitos políticos cassados, um texto chamado de constituição. Esta nova diretriz estatal instituiu a eleição indireta para Presidente da República, além de atribuir a ele a prerrogativa de expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas, que por sua vez contavam com a complacência de um Poder Legislativo totalmente controlado.<sup>63</sup>

Em 1969 a situação social brasileira se torna conturbada, com a contestação do regime pelos estudantes e pela população, e o governo responde com o Ato

---

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> De acordo com a doutrina já mencionada de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA em seu livro **Jurisdição constitucional...** passim.

<sup>62</sup> Cujó corpo foi recentemente exumado à pedido da Comissão da verdade para exame e confirmação ou não da suspeita de que o Presidente teria sido envenenado pelos militares no exílio na Argentina.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Op. cit. p. 240-243.

Institucional nº 5 que atribuiu ao Presidente amplos poderes, tornando as liberdades e, portanto, os direitos fundamentais, letra morta. Buscando legitimar o ‘golpe dentro do golpe’,<sup>64</sup> é aprovada uma Emenda Constitucional mantendo a linha da concentração do poder nas mãos do chefe do Poder Executivo.<sup>65</sup>

A emenda manteve, portanto, a mesma estrutura autoritária de poder prevista na anterior (1967), além de institucionalizar o famigerado AI-5 que “era uma verdadeira negação da supremacia constitucional, numa proeza que nem o mais arguto dos teóricos do constitucionalismo conseguia explicar”.<sup>66</sup>

Este período foi marcado pela repressão aos sindicatos, pela prisão de líderes sindicais e pela proibição da existência da imprensa sindical e opositora. Desta forma, a repressão era “funcional à política favorável ao grande empresariado e contra a massa da população – que vivia de salários e fomentava, até ali, a extensão do mercado interno de consumo”.<sup>67</sup> O novo contexto histórico viola simultaneamente direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de forma maciça,<sup>68</sup> com uma violência nunca antes experimentada.<sup>69</sup>

O que releva quando da análise, ainda que superficial, do histórico constitucional brasileiro é que, até a reabertura democrática em 1988, não houve a construção de uma tradição de efetividade constitucional. Enquanto ex-colônias se transformavam em países centrais, como os Estados Unidos da América, e já garantiam a aplicação de suas constituições desde o início do século XIX, no Brasil – assim como na maioria dos países periféricos de democracia tardia – o que se verificou foi a negação ao povo de uma verdadeira Constituição, quase sempre pela imposição da força.

---

<sup>64</sup> Com o impedimento de Pedro Aleixo pelos Ministros do Exército de assumir o cargo de Presidente da República após o afastamento do Marechal Costa e Silva por razões de saúde.

<sup>65</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica**. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=pfc>> Acesso em 22.nov.2013.

<sup>66</sup> PONTES FILHO, Valmir. **Poder, Direito e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 126.

<sup>67</sup> SADER, Emir. Op. cit.

<sup>68</sup> Paradoxalmente, foi nesta época, que foi editada a Lei da Ação Civil Pública, como aceitação do sistema jurídico brasileiro do acesso à justiça para defesa de interesses difusos de ordem ambiental e já vigorava a Lei da Ação Popular. Todavia, como se pode supor, os instrumentos não eram utilizados a serviço dos interesses sociais.

<sup>69</sup> “O governo de Getúlio de 30-45 foi caracterizado como uma ditadura, pela falta de liberdades políticas. No entanto foi um período de conquistas sociais como o povo brasileiro nunca havia conhecido. A ditadura militar de 1964-85 reprimiu, sistematicamente, os direitos políticos e, ao mesmo tempo, expropriou direitos econômicos e sociais, caracterizando-se, claramente, como um governo a favor dos ricos e poderosos”. SADER, Emir. Op. cit.

Como bem afirmam BARROSO e BARCELLOS,

O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembléia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição.

Um país que não dava certo.<sup>70</sup>

Prosseguem os citados autores que a carência de efetividade das constituições brasileiras se deve também ao fato de que adotamos, inobstante a diferença cultural radical, a tradição europeia de constituição, sendo esta “mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral”.<sup>71</sup> Isso explica o porquê de constantemente haver nos textos constitucionais brasileiros uma previsão inflacionada de direitos, que na verdade, não se consumavam na prática. “Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração”.<sup>72</sup>

Este panorama começa a se alterar a partir da, embora planejada pelo governo, significativa reabertura democrática do regime militar. Inobstante a maneira não revolucionária da convocação da Constituinte,<sup>73</sup> seu fruto é a razão da existência do que se possa denominar, dentro das considerações feitas na primeira parte do capítulo, um constitucionalismo brasileiro: a Constituição brasileira de 1988.

O resultado da Constituinte brasileira que culminou com a promulgação da Constituição de 1988 representa, em grande parte, o reflexo dos anseios sociais que pulsavam no seio da sociedade brasileira desde a independência.

A chamada Carta de 69 foi emendada vinte e cinco vezes até deixar transparecer o lento projeto de redemocratização do Brasil. Já a partir de 1983 a população brasileira passou a vislumbrar a possibilidade de livrar-se do regime ditatorial e repressivo militar, não só pela resistência de determinados grupos sociais,

---

<sup>70</sup> BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história.** A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)> Acesso em 21.nov.2013.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> SALGADO, Eneida Desirré. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico:** vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1841/Disserta%E7%E3o%20EDSalgado.pdf?sequence=1>> Acesso em 14.jun.2013.

mas principalmente pela mobilização maciça e espontânea da população, bradando por seus direitos.

Percebe-se que a vontade da população brasileira que legitima politicamente a atual Constituição<sup>74</sup> era a de instituir uma nova ordem, fundada em valores diferentes daqueles que vigiam no regime até então no poder. Nas palavras de Valmir PONTES FILHO:

Quando, por exemplo, se deflagrou a campanha pelas “Diretas já”, visando o restabelecimento de eleições livres e diretas para Presidente da República e com milhões de cidadãos bradando em praça pública contra o arbítrio então vigente, a rigor, ali ganhou concretude um movimento de muito maior alcance: o voltado à derrubada do regime e da ordem jurídica que lhe dava amparo. Desejava-se, sim, uma nova Constituição, que restituísse ao país sua identidade, a paz entre os segmentos sociais e a esperança de um Governo que pautasse sua conduta por regras democraticamente preestabelecidas. Almejava-se um Texto Supremo sob o qual governantes e governados haveriam de doravante atuar, sempre reverentes aos seus ditames e gizamentos. De tudo resultou a convocação, sem dúvida oportuna, de uma Assembleia Nacional Constituinte, por intermédio da qual o povo viria a manifestar sua vontade política originária, redesenhando o Estado em sua estrutura e finalidade.<sup>75</sup>

Já no preâmbulo da Carta de 1988 está escancarado o projeto do Estado Democrático brasileiro “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Os fundamentos do Estado brasileiro vem elencados logo em seguida, no artigo 1º, dentre os quais se destacam a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos do Estado brasileiro e se encontram positivados no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A opção constituinte pela garantia do bem-estar da população e pelo desenvolvimento pleno da sociedade brasileira é evidente. Segundo Flávia PIOVESAN

---

<sup>74</sup> Na referida obra, Eneida Desirré SALGADO aponta que “A soberania popular é o fundamento de legitimidade do exercício do poder em uma democracia. Um comando a ser obedecido por todos somente será legítimo se houver a anuência dos destinatários em sua formulação”. Idem.

<sup>75</sup> PONTES FILHO, Valmir. Op. cit. p. 126.

Infere-se destes dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana como um imperativo de justiça social. A busca do texto em resguardar o direito à dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais.<sup>76</sup>

Gisele CITTADINO aponta os dispositivos constitucionais mencionados como evidências de que a Constituição brasileira não está apenas voltada para o procedimento democrático, embora defenda uma maior participação da comunidade na interpretação da constituição, mas sim e principalmente, a carta constitucional está voltada para a concretização dos objetivos e dos resultados dos valores escolhidos pela comunidade no momento da constituinte.<sup>77</sup>

Para além dos direitos individuais e/ou políticos, oportuno salientar que “a Carta de 1988, ao mesmo tempo em que consolida a extensão da titularidade de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais”.<sup>78</sup> Muito embora algumas das constituições anteriores possam ser classificadas como sociais,<sup>79</sup> o que as diferencia da atual é, além do conteúdo da norma, principalmente, o *status* que se conferiu a ela.

A doutrina, ao tratar da Constituinte de 86-87, aponta alguns vícios na sua formação. Tais erros, que evidenciam o controle da transição por aqueles que já estavam no poder, não devem ser invocados para negar efetividade à Constituição, mas, contudo, alertam para a forma menos revolucionária em que se deu a transição democrática brasileira, embora nela estivesse refletida a vontade da população.

Três principais vícios de forma são apontados como cometidos à época da Constituinte convocada em 1986: i) ter-se operada a convocação da constituinte por

---

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial...** p. 37.

<sup>77</sup> CITTADINO, Giselle. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 228.

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial...** São Paulo: RT, 1995. p. 38.

<sup>79</sup> A autora segue em irretocável raciocínio: “Note-se que foi a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, que ineditamente na história constitucional brasileira alargou a dimensão dos direitos fundamentais, no sentido de também incluir os direitos sociais. Com efeito, a característica básica de Weimar – o sentido social dos novos direitos – foi incorporada à Carta de 1934. Com a tutela dos direitos sociais, objetivava-se disciplinar aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado, afastando o absentismo estatal do século XIX, para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à Democracia, à liberdade e à igualdade.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito instaurado pela Carta de 1988 é um estado aberto a uma definição normativo-constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais, a uma fixação dos fins e tarefas do Estado, a uma planificação dos problemas econômicos e sociais”. PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 38-39.

meio de emenda à constituição anterior; ii) o de se ter confiado o encargo de elaborar a constituição a um “congresso constituinte”, “cujos integrantes passaram a ter o duplo e inconciliável papel de legislar ordinariamente (sob a égide da Carta insepulta) e de elaborar a nova Lei Maior”,<sup>80</sup> e iii) o de ter sido permitido assento nesta constituinte aos Senadores eleitos em pleito anterior, ainda no exercício do mandato de oito anos, a quem o povo não incumbiu o poder de elaborar uma nova Constituição.<sup>81</sup>

Contudo, a constituinte conseguiu, dentro dos limites da democracia representativa brasileira, refletir grande parte das tensões sociais existentes no Brasil da época. Grupos e partidos se mobilizaram para garantir a maior representatividade possível na assembleia. Os mais variados assuntos vieram à tona e, embora alguns grupos tenham saído perdedores na arena política, ao menos o debate se deu de forma ampla.<sup>82</sup>

O resultado não poderia ser outro: um texto extenso, com quase duzentos e cinquenta artigos – e mais quase cem no ato das disposições constitucionais transitórias – sobre os mais variados assuntos: da ordem econômica à família. Outras críticas se dirigem ao conteúdo do texto constitucional, mas, dentre elas se destaca esta: a de ser muito detalhista, prolixa, em detrimento de uma constituição principiológica, aberta e sintética como a estadunidense, por exemplo.

Todavia, o caso brasileiro não é comparável com o norte-americano ou com a europeu. Nestes povos existe um largo histórico de solidez das instituições político-jurídicas. Pela análise sequencial das constituições brasileiras feita acima, ainda que de forma superficial, fica claro que o mesmo não se pode dizer do Brasil.

Se a realidade brasileira anterior à Constituição da República refletia um tenebroso período regido pelo estado ditatorial militar, em que os direitos de toda espécie e, de maneira especial, os fundamentais, eram diuturnamente violados e ignorados, como não detalhar suas atividades de forma minuciosa, especialmente na positivação das garantias individuais e das conquistas sociais? “Ela tinha de ser mesmo do jeito que foi moldada pela vontade popular. Gerações serão necessárias para que possamos, libertados desse passado nada glorioso em termos de

---

<sup>80</sup> PONTES FILHO, Valmir. Op. cit. p. 129.

<sup>81</sup> Idem.

<sup>82</sup> Para aprofundamento no assunto, ler: SALGADO, Eneida Desirré. Op. cit.

estabilidade constitucional, adotar uma Constituição mais sucinta em suas prescrições”.<sup>83</sup>

Outra crítica que se faz à Constituição é que ela seria, no que se refere aos direitos sociais prestacionais – “irrealizável”, “utópica” e que tornaria o país “ingovernável”.<sup>84</sup> Isso porque, quanto aos direitos sociais, a Constituição brasileira em vigor inovou, ampliou e garantiu direitos sociais de várias espécies. Há os direitos sociais como liberdades, como o direito de greve, por exemplo. Direitos de natureza trabalhista, previdenciária e os prestacionais, que são aqueles que exigem do Estado uma política pública para a prestação de um determinado serviço à população. Dentre estes é possível mencionar a educação e saúde como exemplos típicos.

Talvez a dita utopia do texto constitucional neste sentido seja o reflexo fiel da vontade da mudança efetiva, não apenas constitucional ou legislativa. O abismo de realidade entre o texto constitucional e a vida dos brasileiros, a efetividade sistematicamente negada do exercício efetivo dos direitos reconhecidos, isso é o que torna legítima a efetivação por todas as esferas do poder estatal dos comandos constitucionais. Ao invés de adaptar a constituição à, por vezes deplorável, realidade dos brasileiros, melhor é buscar a transformação desta realidade através da construção real do plano constitucional.

Percebe-se também que não houve uma continuidade de um projeto constitucional brasileiro. O histórico constitucional nacional é marcado por golpes e contragolpes, o que certamente impediu a evolução da solidificação das instituições políticas, administrativas e jurídicas. Por isso, garantir a vida longa da constituição e dar-lhe a máxima efetividade é um grande passo para o atingimento da esperada maturidade constitucional brasileira.

Afirma-se, portanto, que a atual Constituição brasileira, além de positivizar e, com isso, constitucionalizar todas as áreas do Direito, goza de *status* diferenciado de

---

<sup>83</sup> PONTES FILHO, Valmir. Op. cit. 129.

<sup>84</sup> Ao referir-se às medidas provisórias, para o autor, um evidente ranço autoritário, Gilmar Ferreira MENDES assim se posiciona: “Mesmo assim, como esses maus exemplos costumam deixar rastros e fazer adeptos, com destaque no particular, para os que são tentados a “normalizar” instrumentos de exceção, em razão disso, quem se dispuser a fazer a interpretação *histórica* – para desvendar-lhes a *teleologia* – dos preceitos que atualmente constroem o Congresso a votar medidas provisórias e projetos de iniciativa do Presidente da República (CFB – arts. 62, § 6º e 64, § 2º), quem se dispuser a esta empreitada, mesmo a contragosto, terá de manusear ou revolver o *entulho autoritário* que marcou nossa experiência constitucional mais recente, uma *herança maldita* que os fariseus da política dizem abominar, mas que – desculpam-se – são obrigados a continuar *administrando* para não mergulhar o País em crises de *governabilidade*, algo tão esotérico que nem eles sabem o que é”. MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Op. cit. p. 168.

todas as que a antecederam. Ela pode ser considerada um texto que reflete, ainda que não de maneira perfeita, a pluralidade de valores compartilhados pela sociedade brasileira, em seus diversos aspectos. Evitar mudanças no regime instituído, muito provavelmente, analisando o contexto histórico constitucional brasileiro, seja verdadeiramente recomendado. A Carta Constitucional de 1988 já sobreviveu a vinte e cinco anos e, ainda que emendada constantemente,<sup>85</sup> mantém a essência preservada.

Entretanto, o problema da efetivação dos direitos sociais é complexo, assim como a realidade social, e para sua solução é necessária uma análise mais ampla para que sejam encontradas respostas não simples. Por isso, é interessante que se aborde a doutrina do pluralismo constitucional e sua relação com os direitos sociais assegurados ao povo brasileiro no texto constitucional.

### 1.3 PLURALISMO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

A tradição do constitucionalismo brasileiro procurou, como abordado, dar forma à realidade institucional que se pretendia oficializar. Todas as Cartas Constitucionais anteriores a de 1988, abafaram os anseios da população, trazendo em seu conteúdo normas meramente programáticas e desprovidas de aplicabilidade, o que faziam com que se tornassem cartas de intenções nunca realizadas.<sup>86</sup> Esta

---

<sup>85</sup> O número de emendas à Constituição já está próximo a oitenta.

<sup>86</sup> Celso Antônio Bandeira de MELLO, em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988, proferiu conferência na qual se ouviu o seguinte discurso, exemplificando a questão do salário mínimo, seguro desemprego e inafastabilidade da jurisdição: “Estou a dizer que são letra-morta num sentido ainda muito mais sério e grave porque as autoridades se eventualmente quisessem agir em termos inadaptados aos preceitos constitucionais, não causariam, realmente, nenhuma espécie de surpresa, porque o Texto Constitucional prevê no art. 153, §4º, que nenhuma lesão de direito individual será subtraída à apreciação do Poder Judiciário; logo poderiam comportar-se desta forma, mas as partes, os indivíduos, os lesados, não teriam grande preocupação em que o Poder Público lhes teria violado o direito, porque moveriam a ação correspondente e obteriam a garantia do seu direito através do Poder Judiciário e estariam na verdade, todos os advogados concordes, em princípio que se trataria de uma postulação confortada, não por uma portaria, não por uma resolução, não por uma simples lei, mas pelo próprio Texto Constitucional. Passa-se que nem os advogados estão pacificados, em que o Texto Constitucional lhes defere a possibilidade de manejarem estes dispositivos, nem estarão, certamente, pacificados os Juizes em que, em lhes sendo propostas ações radicadas nestes dispositivos, o Direito estaria já limpidamente preestabelecido. É este estranho fenômeno do qual quero me ocupar, e, finalmente, quem sabe, fazer algumas modestíssimas, singelíssimas sugestões, no sentido de incluir-se no Texto Constitucional um tipo de regra mais ou menos assim: A Constituição é para ser obedecida, deve ser cumprida. Pode parecer algo ridículo que alguém necessitasse, para que o Direito Constitucional se afirme, que se diga, no próprio Texto Constitucional, que ele é para valer”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ideologia e constituição*. In: **Constituição e constituinte**. São Paulo: RT, 1987. p. 40-42.

realidade é rompida com a Constituição de 1988, pois ela mesma garante os meios para sua efetivação, tornando-se, eles próprios, direitos fundamentais.<sup>87</sup>

Gustavo ZAGREBELSKY afirma que a Constituição atual, na qual se pode incluir a brasileira, não tem mais um valor central, tornando o direito como um todo dúctil, flexível, ao não estabelecer um só projeto determinado, mas as possibilidades de concretização de vários deles. Para o autor, a partir da constituição, as forças políticas lá refletidas competem para fornecer ao Estado possibilidades que são oferecidas pelo próprio texto constitucional, ou seja, o pluralismo constitucional gera um “compromisso de possibilidades”.<sup>88</sup>

Para WOLKMER, a formulação teórica do pluralismo designa “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”.<sup>89</sup> Dentre os princípios valorativos do pluralismo, o referido autor destaca

1) a *autonomia*, poder intrínseco aos vários grupos, concebidos como independentes do poder central; 2) a *descentralização*, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a *participação*, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o *localismo*, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a *diversidade*, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a *tolerância*, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em “regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Muito embora nela ainda se entreveja um ranço republicano liberal, analítico e monocultural, conforme WOLKMER, Antônio. Pluralismo e crítica ao constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional.** Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> Acesso em 04.jul.2013. No texto, o autor faz uma crítica ao constitucionalismo latino americano, no seguinte sentido: “Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do Direito, que as constituições políticas consagrassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas campestinas e populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana”. Idem.

<sup>88</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**, 3. ed, Madrid: Trotta, 1999, p. 12-17.

<sup>89</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na américa latina.** Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da Academia Nacional de Direito Constitucional. p. 143-155. p. 144.

<sup>90</sup> Idem.

Esta mudança no atual entendimento do projeto constitucional faz sentir seus efeitos sobre a própria ideia de positividade da constituição. Isso porque a constituição revolucionária era positiva porque fora criada através de um ato de vontade inicial – o Poder Constituinte. Já a constituição do pluralismo contemporâneo só é positiva na medida em que a competição entre as inúmeras vontades reinventa seu significado continuamente. É a convergência de vontades escritas no texto que redefine continuamente o alcance histórico-concreto da constituição.

É importante que se destaque que nas constituições pluralistas, em regra, são inseridos princípios de natureza universal, segundo as pretensões acordadas pelos diversos grupos que participaram do processo constituinte. Contudo, ela não regula a compatibilidade entre eles, a solução das inevitáveis colisões que haverá entre estes interesses antagônicos, e a fixação dos pontos de equilíbrio.<sup>91</sup>

Interessante notar que, para a aceitação do Estado social no século XX foi necessário o estabelecimento, a princípio, da constitucionalização e aceitação da ordem econômica e social como pauta programática, ou seja, como uma intenção a ser alcançada na medida do possível, para em seguida alterar-se o foco para a concretização da igualdade e da justiça social como necessária para a efetiva consolidação desse modelo estatal trazido pelo texto constitucional.

Os preceitos inerentes ao Estado social, que o concretizam, são dinâmicos e propiciam a constante mobilidade e variação das conformações institucionais que devem estar em contínuo aperfeiçoamento, pela ação dos direitos fundamentais sociais no processo democrático, como verdadeira opção do poder constituinte originário, fazendo surgir modelos estatais com qualidades inerentes à sua existência e efetividade.

Unir os padrões de Estado de Direito e de Estado Democrático indica a preocupação, de um lado, com a subordinação dos poderes públicos e da sociedade à Constituição e às leis, e de outro com a divisão de Poderes que se autolimitam e com o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Tudo isso, concomitantemente, com a participação efetiva da sociedade na formação da vontade estatal legítima. Esta necessária inter-relação permanente entre Estado e sociedade se traduz na preocupação perene com os direitos fundamentais sociais, tanto na sua realização democrática (reconhecimento constitucional positivo), quanto na sua

---

<sup>91</sup> Idem.

concretização judicial quando falham os responsáveis primeiros por sua efetivação. Tal evidencia os compromissos materiais duráveis na Constituição e na sua conformação constante pelos poderes estatais, respeitando todos os princípios lá estabelecidos.

Esta ideia esta refletiva no projeto constitucional de 1988, um importante “instrumento diretivo propulsor para um novo constitucionalismo, de tipo pluralista e multicultural”.<sup>92</sup> E aqui, dá-se ênfase aos direitos sociais de natureza prestacional, pois pela primeira vez, o conjunto normativo constitucional trouxe a obrigação de que o Estado brasileiro preste determinados serviços voltados à garantia da dignidade humana, regulando-os de forma minuciosa e detalhada.<sup>93</sup>

Isso demonstra a necessidade e a vontade de colocar o país em rumo diferente, mais justo, solidário e voltado ao bem-estar da população, em especial das menos favorecidas economicamente. Tudo em contraposição às garantias típicas de um estado liberal de natureza individualista, por sua vez, também asseguradas.

Na Constituição de 1988 é fundado, indubitavelmente, um modelo brasileiro de Estado social e democrático<sup>94</sup> ao preocupar-se em positivar como objetivos do Estado o desenvolvimento social, os direitos fundamentais e sua efetividade. Além de regular a ordem econômica e social e os valores e princípios que orientam a atividade

---

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Em especial a educação e a saúde, que permeiam em diversas passagens o texto constitucional, definidas como dever do Estado. Veja-se a respeito a lição de Vanice Regina Lírio do VALLE: “Importante ter em conta que os campos onde a judicialização de direitos sociais originalmente se pôs no Brasil - saúde e educação - envolviam misteres estatais com detalhada política pública desenhada, envolvendo previsões constitucionais, legislativas e infra, especialmente à conta do compartilhamento de competências entre as entidades federadas. Assim, no âmbito da saúde, o Sistema Único, mecanismo destinado à oferta deste tipo de prestação, exigiu normatização específica que permita a coordenação de esforços preconizada pelo art. 198 e 200 CF. Da mesma forma, na educação pública, os imperativos de harmonização de um sistema nacional onde os distintos níveis de escolaridade são deferidos a diversas entidades federadas, reclamavam específica disciplina normativa, o que se deu a partir da Lei 9394 de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases). Num e n’outro caso, o regramento parte da Constituição, alcança legislação nacional e se desdobra em manifestações normativas locais, contemplando não só a repartição de competência e princípios regedores, mas também a instituição de mecanismos de financiamento igualmente constitucionalizados pelas EC’s 29/00 (saúde), 14/98 e 53/06 (educação)”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 14, n. 14.2 p. 374-386. Jul/Dez 2013. p. 392.

<sup>94</sup> Paulo BONAVIDES classifica a Constituição de 1988 como uma Constituição de Estado social, pois, nas suas dimensões essenciais os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos merecem exame apropriado e solução adequada à luz desse modelo estatal social. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 371.

dos Poderes e também da sociedade civil, tudo na busca da efetivação da justiça social material.<sup>95</sup>

Logo em seu primeiro artigo, o texto constitucional, ao afirmar categoricamente que o Estado brasileiro, republicano e federativo, constitui-se em Estado Democrático de Direito, o constituinte fez transparecer o modelo de Estado adotado, que se fundamenta em objetivos essenciais que justificam sua finalidade. Tal modelo agrupa a inquietação do constituinte com a necessária intervenção democrática, o que fundamenta e legitima a ordem jurídica.

Uma alternativa para uma possível solução deste dilema de ordem material parece ser aquela que classifica os direitos fundamentais, ou seja, aquela ordem mínima de valores positivados em uma constituição, como mandados de otimização do sistema como um todo, ou seja, direitos que informam por si só uma maior efetivação possível, sob todos os aspectos do direito, direitos *prima facie*.<sup>96</sup>

Sendo assim, os direitos fundamentais, no caso concreto somente poderão ser restringidos se houver uma ponderação com outro valor de igual grandeza<sup>97</sup> e, pelo legislador ordinário se for realizado juízo de proporcionalidade – a ser verificado pelos juízes tanto no caso concreto pelo controle difuso de constitucionalidade, quanto em abstrato, no controle concentrado. Sempre, com ônus argumentativo, evitando o casuísmo.<sup>98</sup>

Portanto, em uma sociedade que adota uma Constituição pluralista, como é o caso brasileiro, ficará ao encargo do Poder Judiciário, quando os demais Poderes se mostrarem inertes, ou quando adotarem medidas inócuas ou desvirtuadas de função, controlar o exercício dos direitos pelos grupos ou indivíduos deles titulares.

Ainda que isso não seja suficiente para alguns<sup>99</sup> diante do sistema de direitos fundamentais adotado, não há como afastar a possibilidade, diante do quadro

---

<sup>95</sup> Veja, por exemplo, o discurso proferido na constituinte pelo então deputado e presidente da assembleia constituinte, Ulisses GUIMARÃES: “A constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”.

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio Afonso da. (trad.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 103-106.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 91-102.

<sup>98</sup> *Idem*.

<sup>99</sup> Ver, por exemplo, a doutrina da sociedade aberta aos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, que defende uma abertura sem *numerus clausus* para a incorporação no debate constitucional de todos os participantes materiais do processo social. A interpretação constitucional, neste plano, torna-se instrumento de democratização constitucional, pois possibilita o acesso de

legislativo e constitucional brasileiro, de que os juízes possam, diante da provocação dos titulares dos direitos, garanti-los, individual ou coletivamente.

A efetividade constitucional e sua permanente atualização é um processo contínuo de superação do modelo eminentemente positivista. Hoje já se pode afirmar sem receio de equivocar-se que a Constituição regula e conforma toda atividade estatal e social, com elementos principiológicos e axiológicos e, também, que ela é dotada de centralidade normativa suprema de todo o sistema jurídico por ela instituído, como fundamento de legitimidade.

Trazendo o debate do plano genérico para a questão específica dos direitos sociais prestacionais, é importante frisar que o problema da efetivação dos direitos sociais não é apenas uma questão de Direito, mas também de Política, de Economia e de diversas áreas do conhecimento e esferas sociais implicadas na definição das políticas sociais aptas a tal finalidade – o desenvolvimento da sociedade com justiça social.

Em uma perspectiva pluralista conforme trabalhada por Antônio Carlos WOLKMER, no que tange aos direitos sociais prestacionais, os grupos sociais organizados politicamente são instrumentos de descentralização do direito, ou seja, o exercício constante do direito não oficial.

Já no plano do direito oficial, estatal, é sempre relevante notar que os direitos sociais são matéria positivada na vigente Constituição. A Constituição brasileira, como dito à exaustão, nasce em 1988. De igual sorte, o Estado brasileiro na ordem internacional marca posição em relação ao sistema internacional de proteção de direitos humanos somente a partir deste processo de abertura democrática, ou seja, a partir das duas últimas décadas do século XX.<sup>100</sup>

---

todos os interessados como força ativa do processo de decisão judicial. Nas palavras do autor: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13.

<sup>100</sup> Os tratados ratificados pelo Brasil sobre o tema, segundo o portal do Ministério da Justiça são os seguintes: 1) Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio Ratificada pelo Brasil em 15 de abril de 1952. 2) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992. 4) Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992. 5) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ratificada pelo Brasil em 1º de Fevereiro 1984. 5.a) Emenda ao artigo 20, parágrafo 1º da

Tal processo é, portanto, relativamente recente, e tal modelo de Estado previsto no texto constitucional precisa ser de fato construído, experimentado socialmente. Se alguns países centrais do sistema capitalista<sup>101</sup> conseguiram avançar na construção democrática e promover aos seus cidadãos uma verdadeira democracia social, países periféricos do sistema, como o Brasil, ainda não lograram êxito em estender este modelo de democracia para além do regime político formal. E não quer se dizer que a democracia formal não seja também ela uma importante conquista histórica, contudo é preciso avançar.

O Estado brasileiro deve assegurar um mínimo necessário de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, dentre outros direitos, para todos os cidadãos. E isso não pode ser visto como fruto de um constituinte bondoso, nem uma meta a ser atingida em um futuro incerto, mas sim como direitos devidos ao povo. O que marca, portanto, a passagem constitucional brasileira neste ponto é que suas ações na busca de melhores condições de vida para a população em geral são reivindicadas pelos cidadãos como um direito e não como um favor que o Estado lhes presta.

Além disso, garantir o acesso das pessoas a bens materiais e imateriais indispensáveis para a vida digna é, em si, uma questão de democracia efetiva. Mas quando se fala em democracia, quer-se dizer democracia econômica e social, para a efetiva construção da cidadania. Como explica Stella NARITA:

---

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O Brasil aceitou a emenda em 05 de março de 1997. 5.b) Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher Ratificado pelo Brasil em 28 de Junho de 2002. 6) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989 6.1) Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Ratificado pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007. 7) Convenção sobre os Direitos da Criança Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. 7.1) Emenda ao artigo 43 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança O Brasil aceitou a emenda em 26 de fevereiro de 1998. 7.2) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados. Ratificada pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004 7.3) Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil. Aprovado pelo Decreto nº 5.007, de março de 2004. 8) Acordo de estabelecimento do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e Caribe. Ratificado pelo Brasil em 17 de junho de 1998. 9) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Ratificada pelo Brasil, promulgada no Senado Federal em 09 de julho de 2008, com status de Emenda Constitucional. Aguarda a sanção presidencial e o depósito da ratificação na ONU. 10.1) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Idem a 10. 10.2) Convenção internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o desaparecimento Forçado Assinada pelo Brasil em 06 de Fevereiro de 2007.

<sup>101</sup> Como Alemanha, França e Espanha, por exemplo.

Assim, para aprofundar a discussão dos problemas envolvidos na questão dos direitos sociais, também é necessário avançar no debate da consolidação democrática para além da democracia política: é preciso discutir a construção da democracia econômica e social para que a cidadania possa ser realizada de fato, superando a “democracia sem cidadania”, a “democracia sem direitos sociais”. Está claro, portanto, que é preciso aprofundar a discussão e a construção concreta para além do caráter formal da democracia e da cidadania em países nos quais os direitos sociais são negligenciados.<sup>102</sup>

O grande desafio, portanto, do Brasil no atual século XXI se refere a “como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”.<sup>103</sup> O Estado, em todas as suas esferas, tem a obrigação constitucional, além dos compromissos assumidos internacionalmente, com o acesso a tais modalidades de direitos. Contudo, o que se vê é que o compasso e o grau da efetivação dependem diretamente das lutas sociais e da correlação das forças destes movimentos em dado momento histórico. Assim como depende da vontade dos grupos políticos que ascendem ao poder periodicamente.

Ampliar o debate sobre a efetivação dos direitos sociais no caso brasileiro deve acontecer analisando diversas frentes possíveis para sua concretização, que pode ser dar em todas as esferas de poder estatal. Antes, contudo, de se passar ao tema central do trabalho – o emprego do processo judicial coletivo para o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário – necessário é tratar do princípio da supremacia da constituição como pressuposto para o fortalecimento do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro e o papel da jurisdição constitucional na construção do Brasil da Constituição de 1988.

#### 1.4 – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO PREMISA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO: FORTALECENDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como já mencionado anteriormente, tema que se pretende aprofundar no presente tópico, ao surgir de fato como norma fundamental, as constituições europeias se aproximaram da estadunidense, cuja supremacia e defesa contra os

---

<sup>102</sup> NARITA, Stella. **Direitos sociais:** direitos humanos a serem universalizados. Disponível em: <[http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1%3Adireitossociais-direitos&catid=29%3Avolume-i-edicao-i&Itemid=54&lang=pt](http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Adireitossociais-direitos&catid=29%3Avolume-i-edicao-i&Itemid=54&lang=pt)> Acesso em 21.nov.2013.

<sup>103</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 373.

arbítrios do legislador já eram defendidos desde o século XVIII, por aqueles que foram responsáveis pela criação dos Estados Unidos da América como nação independente. É ainda atual a lição de Alexander HAMILTON, personagem da revolução americana, que afirmava já naquela época que

Não é admissível supor que a constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir sua *vontade* à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos a sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo.<sup>104</sup>

Esta (des)confiança no Poder Judiciário é uma das marcas diferenciadoras das revoluções americana e francesa. Contudo, o que parece é que após os desastrosos resultados da aplicação cega do Estado legalista, culpa da miopia causada pela democracia representativa, é que ambas as tradições tem se aproximado, especialmente no que tange ao papel das constituições e do incremento de seus sistemas de jurisdição constitucional.<sup>105</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1988, o mesmo acontece no Brasil. Assim, a positivação dos valores compartilhados pelo povo em forma de direitos fundamentais, cuja aplicabilidade imediata, bem como um amplo aparato para sua efetivação é previsto e assegurado no texto constitucional, desloca, inevitavelmente, parte relevante do exercício do poder para o antes contido Poder Judiciário.

A ele é dado, pois, o poder de interpretação do texto constitucional com a consequente garantia da sua supremacia. Junte-se a isso o fato da porosidade e subjetividade do conteúdo de certos comandos, o que exige uma argumentação mais consistente.

Tal entendimento deriva da aplicação da teoria substantiva da constituição, doutrina que parece prevalecer como majoritária na aplicação das normas constitucionais pelos tribunais. É o que explica Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, ao afirmar que:

---

<sup>104</sup> HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito: 1959. p. 134.

<sup>105</sup> Para um maior aprofundamento no tema da aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law* ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...** Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf)>. Acesso em 20.fev.2012.

Segundo a teoria substantiva da Constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A constituição, deste modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, é o Poder Judiciário, que por sua vez, irá interpretar os valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição, permitindo, dessa forma, uma ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.<sup>106</sup>

Mais a frente, prossegue a autora, já tratando do caso nacional:

Independentemente de qual nome se dá às teorias sustentadas por Cittadino, Streck ou Barzotto, é certo que todas convergem ao ponto de que o constitucionalismo brasileiro é substantivo, uma vez que adota valores consagrados pela sociedade no momento constituinte, e que funcionam como limites aos próprios cidadãos bem como aos atos dos poderes públicos. Para além disso, todos concordam com a participação do Judiciário – enquanto intérprete maior da Constituição – na efetivação dos direitos fundamentais enquanto representação dos valores escolhidos pela sociedade, priorizando, desta maneira a proteção dos direitos fundamentais como valor supremo do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.<sup>107</sup>

Por seu lado, Gilmar Ferreira MENDES justifica a nova atuação do Judiciário pela inserção da discussão do papel da Corte Suprema na Assembleia Constituinte, pois, “a discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, bem como adquirisse novas e significativas atribuições”.<sup>108</sup>

Muito embora o Supremo Tribunal Federal conte com cento e setenta e cinco anos, o que, comparado aos vinte e cinco da Constituição mostra a perenidade daquele órgão, e que se tenha mantido a mesma configuração de Ministros integrantes quando da abertura democrática pós-golpe militar, a atuação do Tribunal sofreu uma reviravolta a partir da entrada em vigor da atual constituição.

Evidentemente, a constituinte brasileira que gerou a Constituição cidadã<sup>109</sup>, pretendeu criar um sistema fortalecido de jurisdição constitucional, redistribuindo funções aos Poderes de forma diferente das anteriores. Dizer isso não significa afirmar que houve enfraquecimento dos demais poderes, mas sim que houve uma alteração na significação do exercício de cada um. O enfoque aqui dado será restrito ao Poder Judiciário, embora se reconheça que há – e é assim que deve ser –

---

<sup>106</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 70.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Op. cit. p. 251.

<sup>109</sup> Assim batizada pelo parlamentar e constituinte Ulisses Guimarães.

participação direta das demais esferas do poder público na efetivação dos direitos, especialmente dos direitos sociais. Contudo, não se pode mais visualizar um Poder Judiciário omissivo, quando também inertes os demais.

A Constituição, por sua vez, adota um sistema de controle de constitucionalidade das normas e atos do poder público misto. Ou seja, possível tanto de forma difusa por qualquer magistrado no caso concreto, quanto concentrado, através das ações diretas dirigidas ao próprio Supremo Tribunal Federal como instância originária.

Prever esse duplo sistema de controle, tanto difuso como concentrado, bem como a garantia de instrumentos capazes de controlar a omissão legislativa na garantia dos direitos fundamentais, como o mandado de injunção – individual e coletivo – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, são claros exemplos de que o constituinte pretendeu dar ao Judiciário uma função diferenciada daquela exercida até então.

Muito embora tenha ele mesmo, o Poder Judiciário, inutilizado, a princípio, tais instrumentos, usando-os apenas para declarar a omissão, sem qualquer aplicabilidade prática, o entendimento vem mudando diuturnamente, fazendo com que o papel deste poder cresça em importância.<sup>110</sup>

Ao lado da criação de diversos instrumentos para torná-la efetiva, a Constituição consagrou o direito fundamental a todos indistintamente, de acesso à justiça. E mais, a inafastabilidade da prestação jurisdicional, com a obrigatoriedade do julgamento das demandas validamente propostas, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.<sup>111</sup>

Importante lembrar que a Carta Constitucional brasileira também a torna-se ela mesma suprema pela rigidez que impõe a determinados dispositivos, as chamadas cláusulas pétreas e, dentre elas estão os direitos fundamentais.<sup>112</sup> Esta

---

<sup>110</sup> Como exemplo emblemático de mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, cita-se um caso clássico analisado pelo STF relativo à falta de norma regulamentadora: o julgamento dos Mandados de Injunção (MI) 670, 708 e 712. Os processos se referiam ao exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII da Constituição, mas que ainda não foi regulamentado por lei específica. Diante da falta de lei para regular a greve no serviço público, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, enquanto não for elaborada tal regulamentação, valem as regras previstas para o setor privado (Lei nº 7.783/89).

<sup>111</sup> Constituição Federal Art. 5º, XXXV.

<sup>112</sup> Muito embora o Artigo 60, §4º da Constituição somente se refira aos direitos individuais, já é assentado na doutrina, ao menos, que a proibição de emenda também se estende aos direitos sociais, por uma cláusula implícita de proibição do retrocesso em direitos sociais. “Na medida em que

rigidez e supremacia, garantida em uma parte importante pela jurisdição constitucional, diante do Estado Social e Democrático de Direito que a Constituição tenta criar, diante de uma triste realidade social para transformar,<sup>113</sup> se mostra fundamental para que as instituições democráticas brasileiras tenham condições e tempo para se fortalecerem.

Tal fortaleza interna, as cláusulas pétreas – previstas no artigo 60 §4º da Constituição –, trouxe consigo também a vantagem da estabilização das relações jurídicas, na medida do possível, trazendo, além dos benefícios já apontados, segurança para estas relações. Como sintetiza Valmir PONTES FILHO,

Ergueu a Constituição em torno de si mesma, portanto, uma muralha de proteção, fortificada o suficiente para que sua já mencionada rigidez – e sua supremacia, conseqüentemente – não viessem a ser abaladas. E nem se diga que se tratou de providência desnecessária, de mera sofisticação imaginada pela mente academicista de alguns doutrinadores. Ao contrário, põe-se tal muralha como indispensável não apenas para sua manutenção como norma superior, mas para a própria sustentação do regime democrático que a Constituição erigiu e daquilo que põe como a própria razão de ser do Direito: *o princípio da segurança das relações jurídicas*.<sup>114</sup>

Além do estabelecimento da impossibilidade de o constituinte da reforma poder suprimir os direitos e garantias fundamentais o texto constitucional trouxe uma cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais,<sup>115</sup> bem como uma cláusula de abertura,<sup>116</sup> o que permitiu, sem sombra de dúvida, reconhecer um papel criativo na aplicação e interpretação destas espécies de normas jurídicas pelo Poder Judiciário. Ou seja, os juízes estão, desde a entrada em vigor da Constituição, – embora não o tenham feito de plano –, autorizados a aplicar a norma constitucional diretamente e também a reconhecer como fundamentais direitos fora do catálogo, do rol trazido pelo texto: aqueles que se pode depreender do sistema que a própria constituição adota.

---

os direitos, em especial os sociais, dependentes de condições econômicas favoráveis, são concretizados, não podem sofrer retrocesso, ou seja, não podem deixar de ser fornecidos pelo Estado nem, tão pouco, terem sua quantidade de serviço reduzida”. MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 145.

<sup>113</sup> O IBGE, em seus dados mais recentes, aponta que o Brasil tem 16,2 milhões em situação de pobreza extrema. O número equivale a aproximadamente 8,5% da população brasileira e considera as pessoas com renda de até setenta reais mensais.

<sup>114</sup> PONTES FILHO, Valmir. Op. cit. 130.

<sup>115</sup> “Artigo 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>116</sup> “Artigo 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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”.

Certamente tamanhas mudanças paradigmáticas deveriam vir acompanhadas de profundos abalos nas estruturas dos poderes constituídos. Se a Constituição, fruto do reflexo da vontade popular manifestada nas ruas e no voto exige ser efetivada e não mais ser apenas uma carta de boas intenções, da forma como tinham sido todas as anteriores, não se pode mais contar exclusivamente com a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Pelo contrário, torna-se imprescindível um Poder Judiciário ativo, envolvido com o plano constitucional, especialmente aquele que se refere à efetivação dos direitos fundamentais. Foi necessário, portanto, o fortalecimento da jurisdição constitucional, evitando que a Carta se tornasse letra morta. Conclui-se, portanto, na esteira da lição de Gilmar Ferreira MENDES que

A Constituição de 1988 deu nova feição à jurisdição constitucional e, por via de consequência, ao próprio STF. Fez escolhas inovadoras. Foi a que mais depositou confiança no papel do direito e do judiciário. O STF da Nova República foi concebido como instituição responsável por controlar, inclusive a inércia do legislador. Há 15 anos assistimos à tentativa de um “constitucionalismo levado a sério”, de superar o constitucionalismo “de fachada” dos regimes autoritários.<sup>117</sup>

Lênio STRECK, corroborando o entendimento aqui esposado, afirma que a constituição dos Estados Democráticos de Direito, conferiu um papel diferente e relevante ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional como forma de efetivar esta nova ordem de coisas. Nas suas palavras:

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam o Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, antes calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 18

<sup>118</sup> STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 65.

A jurisdição constitucional, portanto, no Estado Constitucional Democrático, arma o cidadão em face de seus representantes políticos, servindo como verdadeira instância de reflexão do processo político. Tal modelo, por sua vez, encontra-se, como não poderia ser diferente, em constante modernização e abertura às novéis expectativas sociais sempre nascentes e mutantes. Assim, novas finalidades e exigências sociais são naturalmente recepcionadas, gerando uma constante reformulação, manutenção e aperfeiçoamento dos direitos.

José Afonso da SILVA, partindo das premissas estabelecidas por José Joaquim Gomes CANOTILHO, indica os princípios e finalidades do Estado Democrático na Constituição de 1988, indicando: i) o princípio da constitucionalidade, fundamentado em uma Constituição rígida emanada da vontade popular, e que, portanto, vincula todos os Poderes estatais e, conseqüentemente, seus atos. Isso assegura a livre atuação da jurisdição constitucional; ii) o princípio democrático, formado por uma democracia representativa e participativa, com garantia de eficácia plena dos direitos fundamentais; iii) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais; iv) princípio da justiça social, estabelecido pela regulamentação constitucional da ordem econômica e social; v) princípio da igualdade; vi) princípios da divisão de poderes e da independência do juiz; vii) princípio da legalidade; viii) e princípio da segurança jurídica.<sup>119</sup>

Conclui o autor seu pensamento desenvolvido na obra referida alegando que a finalidade fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.<sup>120</sup>

Tamanhas mudanças certamente não se dariam de plano, em especial no caso brasileiro. Por conta do já mencionado caráter não revolucionário da abertura democrática, os juízes integrantes deste novo modelo continuaram sendo os mesmos que geriam o velho regime, pois se mantiveram no cargo os mesmos Ministros do Supremo Tribunal Federal da ditadura. Eram, portanto, Juízes acostumados a serem deferentes ao Executivo ou quem lhes fazia as vezes. Não sabiam eles próprios serem livres, independentes.

---

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 122.

<sup>120</sup> Idem.

Aos poucos a realidade se modifica e hoje o que temos é um Poder Judiciário em plena transformação que, em alguma medida, vem chamando para si a responsabilidade de atuar o comando constitucional. Atuando o plano constitucional é possível que se veja o abismo de realidade entre o texto e a vida das pessoas ser reduzido pouco a pouco.

Brevemente no Brasil ingressarão nos quadros da magistratura homens e mulheres já nascidos sob a égide da constituição democrática, para quem a ditadura militar é passado distante. Esse novo(a) magistrado(a) sabe ser livre, pretende ter direitos e seu pensamento, seu raciocínio sobre o Direito é radicalmente diferente daqueles que nasceram, formaram-se e começaram na carreira de juízes durante o regime ditatorial ou logo após seu término.

Essa é a razão pela qual o tema da jurisdição constitucional permanece atual, causando ainda celeuma e debates cerrados na doutrina e nos julgamentos nos Tribunais. Especialmente quando se trata dos direitos sociais e sua efetivação pelo Poder Judiciário. Por isso, merece ser estudado e abordado em pesquisas acadêmicas, merecendo abordagem mais aprofundada. Contudo, o que releva para a abordagem do tema central parece ter sido suficientemente trazido até este ponto. O trabalho está apenas começando.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS E SUA JUDICIALIZAÇÃO – LIMITES INTRÍNSECOS OU IDEOLOGIA?

Traçado inicialmente um panorama acerca do sentido do constitucionalismo brasileiro e definida, pois, a supremacia da Constituição brasileira como necessária para a consolidação do Estado de Direito nacional de uma forma geral, informa-se ao leitor que a questão será agora analisada especificamente sob a óptica dos direitos sociais prestacionais.

Isso é necessário, pois defender a supremacia constitucional, a aplicabilidade e a jurisdicionabilidade dos direitos fundamentais em tese parece algo consolidado. Contudo, existe uma grande barreira ideológica<sup>121</sup> dominante a ser quebrada quando a questão em foco seja a exigência processual dos direitos sociais prestacionais, pois estes exigem uma ação do Estado, uma prestação positiva, representada muitas vezes por uma política pública que o satisfaça.

Uma crise da tutela de bens jurídicos relevantes para o convívio social normalmente se mostra sob dois aspectos: o primeiro deles é o não reconhecimento de determinado direito relativamente àquele bem jurídico digno de tutela. Isso enseja uma problemática de direito material. Por outro lado, a crise pode se dar pela não-efetivação daquele direito já previsto no ordenamento jurídico, o que, em grande parte dos casos, se dá por ausência de meios para proteger o bem jurídico de lesões ou ameaça de lesão, ou pela inutilização dos instrumentos que houver. Tal dá azo a uma crise de direito instrumental.

Como restou exposto no primeiro capítulo, as Constituições brasileiras até 1988 traziam já em seu texto a previsão de alguns direitos que hoje se entendem por fundamentais, até mesmo direitos sociais de natureza prestacional. A educação, por exemplo, está prevista como gratuita a todos os cidadãos desde a Constituição do

---

<sup>121</sup> No dicionário, a palavra ideologia é definida como um conjunto de ideias, crenças e doutrinas, próprias de uma sociedade, de uma época ou de uma classe, e que são produto de uma situação histórica e das aspirações dos grupos que as apresentam como imperativos da razão. Adota-se aqui a definição de ideologia de Zygmunt BAUMAN, a saber: “cada grupo na sociedade, distinguido e identificado por sua perspectiva cognitiva específica, determinada pela posição de classe, nacionalidade e prática profissional, é confinado numa realidade parcial, que não permite ver a totalidade. Enquanto reflete a realidade truncada acessível através de sua experiência, todos os grupos tendem a criar, a partir de sua perspectiva cognitiva própria, distorções específicas da verdade objetiva (isto é, universal, mas invisível para todos). BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p.121.

Império.<sup>122</sup> Por sua vez, a saúde como direito de todos e dever do Estado, só foi içada à condição de direito fundamental com a Carta de 1988,<sup>123</sup> muito embora a efetivação a contento destes direitos básicos ainda não tenha sido alcançada para a totalidade da população brasileira.

É importante que se ressalte que, afóra todas as previsões contidas no restante do texto constitucional, dentre os objetivos do Estado brasileiro, elencados no artigo terceiro, quatro são de cunho eminentemente social:<sup>124</sup> construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Ou seja, não se trata apenas de garantir acesso a determinados bens materiais e imateriais, mas da construção de um país novo, com novos objetivos de cunho social.

Percebe-se, portanto, que a crise brasileira em relação aos direitos sociais em geral pós Constituição de 1988 não é mais de direito material, mas sim de direito instrumental. Ao positivizar os direitos fundamentais o constituinte foi minucioso, detalhista, gerando um texto extenso, tanto no que se refere aos direitos e garantias individuais, como quando tratou dos direitos sociais, dentre eles os prestacionais. E mais, a crise não se dá pela falta de previsão de instrumentos adequados, mas pelo seu não uso pelos legitimados, pelo uso inadequado, ou pela inutilização de alguns deles pelos próprios integrantes do Poder Judiciário.

O panorama se mostra ainda mais crítico quando se fala especificamente sobre a efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais. Primeiro pela consolidação da doutrina que informava tratarem-se os direitos sociais de normas programáticas. Segundo, pela aplicação da teoria da rígida separação dos poderes. Terceiro, pela ausência de titularidade individual de algumas manifestações desta espécie de direitos, especialmente quando está em foco o controle político do Estado.

Procurar-se-á superar cada uma destas objeções. Demonstrando, primeiramente, que não há diferença entre as espécies de direitos fundamentais; depois, que a teoria da rígida separação de poderes resta superada – assim como os

---

<sup>122</sup> VIEIRA, Sofia Lerche. Op. cit.

<sup>123</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em 22.nov.2013.

<sup>124</sup> FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58-59.

limites que a doutrina coloca para a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais; e, por fim, que o processo coletivo é o instrumento adequado para que o Estado Juiz atue na efetivação dos direitos sociais prestacionais, garantindo o direito à política pública adequada para tanto, da maneira como a própria Constituição prevê e determina.

Para a correta compreensão do tema, em primeiro lugar será abordada a construção da teoria dos direitos fundamentais como um todo, para que, após, se possa por em foco os direitos sociais prestacionais e sua tutela pelo Poder Judiciário brasileiro.

## 2.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ DIFERENÇA ENTRE AS “ESPÉCIES”?

Analisando a questão dos direitos sociais considerados como espécie de direitos humanos (que se tornam fundamentais por sua constitucionalização), é possível perceber que tais direitos não são dados, mas são construídos.<sup>125</sup> E assim o são no âmbito de cada civilização em particular, de acordo com os movimentos e lutas sociais travados no seio de cada povo.<sup>126</sup>

A ideia dos direitos humanos divididos em gerações – seguindo esta linha, os direitos econômicos, sociais e culturais seriam os de segunda geração – foi rompida no segundo pós-guerra, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que postulou a unicidade dos direitos humanos, a interdependência entre eles.<sup>127</sup>

Muito embora a Declaração Universal tenha expressado a referida unicidade dos direitos humanos, os pactos internacionais que se seguiram a ela trataram cada “espécie” de direito (civis e políticos de um lado e econômicos, sociais e culturais de outro) separadamente. A ideologia dominante nos países capitalistas pode ter sido a razão que levou parte da doutrina da época a defender que o primeiro tipo de direito seria auto-aplicável, exigíveis em face do Estado e dos particulares, enquanto o outro

---

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto. **A era...** p. 12-39.

<sup>126</sup> ARENDT, Hana. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 31-89.

<sup>127</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 240-241.

tipo (os de segunda geração) seria de realização progressiva, não podendo ser aplicado imediatamente e, portanto, não poderia ser exigido judicialmente.<sup>128</sup>

Seguindo esta linha, em 1966 foram elaborados e ratificados dois pactos internacionais separados como intenções para os Estados que os assinaram – o Brasil se inclui neste rol, demonstrando que, embora o discurso fosse de unicidade, na prática a visualização dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais permanecia separada. Ou seja, nos países capitalistas os direitos de primeira geração deveriam ser garantidos de plano, enquanto os de segunda geração seriam vetores de orientação aos Estados, sem aplicabilidade imediata. Já nos países socialistas, o inverso se daria.

Foi somente em 1993 com a Declaração de Viena que a unicidade dos direitos humanos foi, enfim, consolidada no plano internacional. A doutrina que se construiu, então, a partir desta época aponta para o que hoje parece óbvio: que os direitos ditos de “primeira geração” somente podem ser efetivados se os de “segunda geração” e das “gerações” seguintes, também o forem.

Na lição de Gustavo BINENBOJM,

Esta estrutura dos direitos humanos vai ser rompida no 2º pós-guerra, com um postulado fundamental de sua unicidade; a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, isto é reafirmado com os pactos internacionais de direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 e, mais recentemente, em 1993, com a Declaração de Viena, que reconhece a interdependência entre os direitos humanos de todas as gerações.<sup>129</sup>

O Brasil, de forma pioneira, por assim dizer, refletiu no texto constitucional, mesmo anterior à Declaração de Viena, esta tendência de unicidade dos direitos fundamentais, não distinguindo seu regime jurídico, exceto pela topografia dos dispositivos que os preveem.

A positivação constitucional de direitos sociais na Carta de 1988, portanto, reflete a inquietação do Constituinte com a integridade do cidadão brasileiro nos seus mais variados aspectos, já que estes direitos estão relacionados diretamente à concretização da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro e justificativa última da existência do próprio ordenamento jurídico. Disciplinados a

---

<sup>128</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 173.

<sup>129</sup> BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. In: ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (org.) **Justiça social: uma questão de direito.** DP&A: Rio de Janeiro, 2004. p. 13/14

princípio nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, atingiram, no Brasil, como dito, patamar de direito fundamental com a Constituição de 1988.

Mas faz-se mister definir o que se quer dizer quando se usa a expressão direitos sociais. Buscando uma definição de direito social, verifica-se que a mais corriqueira é aquela que os define como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos menos favorecidos economicamente, direitos que tendem a realizar a igualdade.<sup>130</sup>

Jorge Reis NOVAIS define os direitos sociais, agrupando-os em um *corpus* e já os definindo pelas características comuns, ligando os direitos sociais à vida digna. Para o autor, por se tratarem de bens escassos e custosos, em certo aspecto, eles só são alcançados com uma prestação positiva. Nas suas palavras:

Assim, numa enumeração relativamente consolidada própria de Estado social, independentemente da diferenciação de positivação constitucional, consideraremos como direitos sociais como um todo (e é basicamente aos aqui enumerados que há um “problema” de direitos sociais) integrantes daquele *corpus* os seguintes: um direito a um mínimo vital ou existencial (ou o direito a um mínimo para uma existência condigna); um direito à saúde (ou à protecção da saúde); um direito à habitação (ou a uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social); um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação).

(...)

Considerando então estes diferentes direitos, verificamos que eles apresentam duas comuns e decisivas características: (i) o respectivo objecto de protecção respeita ao acesso individual a bens de natureza económica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, *custosos*, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem a ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado.<sup>131</sup>

Contudo, é importante que se perceba que a necessidade da prestação positiva também se verifica nos direitos civis e políticos, ou de liberdade. Como exemplo, pode-se citar o direito à segurança pública. Não é possível imaginar na sociedade brasileira a garantia da segurança sem a manutenção pelo Estado do aparato policial, por exemplo, e isso, certamente, é uma prestação positiva. A diferença, então, se dá pelo acesso individual a bens de natureza social e econômica

---

<sup>130</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 201-229.

<sup>131</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 40-41.

e o que vai diferenciar este acesso será a possibilidade ou não de dispor de recursos financeiros.

Por isso é usual que se confundam os direitos sociais com direitos dos excluídos economicamente, mas esta ideia é equivocada. Os direitos sociais, embora tenham como função a garantia da igualdade, devem ser garantidos a todos, para gozo geral da população – efetivando na máxima medida possível a igualdade real.

No que tange à fundamentalidade dos direitos sociais, em âmbito internacional não se faz distinção entre a dos direitos individuais e dos direitos sociais, ou direitos econômicos, sociais e culturais, sendo, portanto, estes últimos considerados para todos os efeitos, verdadeiros direitos humanos que devem ser contemplados e efetivados por todos os Estados.<sup>132</sup>

Isso também se mostra claro na Constituição brasileira de 1988. A leitura do preâmbulo constitucional e de seu artigo 1º<sup>133</sup> já é suficiente para que qualquer pessoa perceba que o constituinte brasileiro ao escrever a carta fundadora do Estado estava comprometido com a realização dos direitos sociais. E o constituinte foi além: dedicou um capítulo exclusivo para os direitos sociais, a partir do artigo 6º, ainda dentro do título dedicado aos direitos fundamentais.

O mencionado artigo 6º<sup>134</sup> da Constituição elenca, portanto, os seguintes direitos fundamentais como sociais no caso brasileiro: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

---

<sup>132</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 175.

<sup>133</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

(...)

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

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

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>134</sup> A redação original do artigo não previa a moradia e alimentação como direitos fundamentais sociais, tendo sido emendado em 2000 pela EC 26 para incluir a moradia. Em 2010, novamente se emendou a Constituição para fazer constar a alimentação também do rol dos direitos sociais brasileiros.

Em relação à saúde, por exemplo, além de diversas menções ao termo no texto<sup>135</sup> a Constituição prevê uma seção a parte, iniciando com o seguinte dispositivo: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A Emenda Constitucional 29, de 2000 consolidou os parâmetros mínimos e objetivos para investimento da União, dos Estados e dos Municípios na área da saúde.

Já no que tange à educação, também o texto constitucional é minucioso, reservada a ela também uma seção própria, que inicia com o seguinte dispositivo: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Por sua vez, em 2006 com a Emenda Constitucional nº 53, foram estabelecidos os novos parâmetros para distribuição e aplicação dos recursos dos entes públicos na área da educação. Estes exemplos servem para ilustrar o detalhamento com que a atual Constituição trata questões sensíveis aos direitos sociais prestacionais.

Contudo, ainda que o texto constitucional pareça suficientemente claro no que tange à proteção dos direitos sociais, ainda se ouvem vozes na doutrina que se levantam contra a fundamentalidade de tais direitos, ou ainda, que buscam reduzir sua exigência perante o Estado ao chamado mínimo existencial, limitados ainda à separação dos Poderes e possibilidade financeira do Estado, a chamada reserva do financeiramente possível.

Em relação a este mínimo, tal doutrina prega que essa é a saída encontrada para a consagração dos direitos sociais, tendo em vista o impasse existente sobre a sua eficácia já que o mínimo existencial “representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade”.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> A palavra aparece mais de sessenta vezes no texto constitucional.

<sup>136</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 53.

Ao defender tal posicionamento, Ricardo Lobo TORRES afirma que “parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres”.<sup>137</sup> No pensamento do aludido autor, a fundamentalidade dos direitos sociais existirá tão somente quando estes se aproximarem de interesses justificadamente fundamentais, ou seja, a fundamentalidade de tais direitos estaria configurada apenas em seu núcleo intangível.<sup>138</sup>

Segundo tal entendimento, esse seria o único caminho possível para a superação da ineficácia social desses direitos, uma vez que a atribuição de fundamentalidade – e, portanto, de exigibilidade perante o Estado – além do mínimo existencial geraria o comprometimento do próprio mínimo aos demais. “Ela permitiria que, em nome da proteção do direito de uma pessoa, todos os direitos e interesses legítimos das demais que necessitassem de recursos públicos fosse completamente sacrificadas”.<sup>139</sup>

O intuito desse entendimento parece ser, contudo, o de reduzir o grau de fundamentalidade dos direitos sociais a um fragmento mínimo de seu conteúdo, fazendo com que se tornem axiomas subordinados a questões orçamentárias e ideológicas, perdendo assim, sua força normativa.

Levar a cabo o raciocínio da garantia apenas do mínimo existencial significaria dar tratativa diferenciada aos direitos fundamentais que não está autorizada ou ao menos sugerida no texto constitucional. Se, por um lado, os direitos fundamentais individuais estariam garantidos de maneira ampla, na maior medida possível, os direitos sociais estariam reduzidos a um mínimo.

Para refutar esta separação de cunho ideológico, partilha-se aqui do entendimento de Joaquim Herrera FLORES que, ao revés, percebe que os direitos humanos não podem ser vistos em classes diferentes:

---

<sup>137</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos.** Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>> Acesso em 18.mai.2013.

Partimos da premissa (...) de que já não podemos falar de duas classes de direitos humanos: os individuais (liberdades públicas) e os sociais, econômicos e culturais. Só há uma classe de direitos para todos: os direitos humanos. A liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda. Uma sem a outra nada são. Sem condições que as coloquem em prática (políticas de igualdade, que se concretizam nos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais), as liberdades individuais (quer dizer, os Direitos Cíveis e Políticos) e os direitos sociais não terão espaço em nosso mundo.<sup>140</sup>

Analisando a questão sob o prisma da Constituição brasileira, o primeiro entendimento parece não encontrar eco no próprio texto, já que não se sustenta por qualquer disposição constitucional expressa ou implícita. Bem pelo contrário, como ensina o prof. Clémerson Merlin CLÈVE:

No caso brasileiro, é preciso levar em conta que a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa. Não temos, portanto, desde o ponto de vista do texto constitucional, uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais.<sup>141</sup>

Além dessa inevitável constatação, qual seja, a de que não se pode colocar em categorias estanques os direitos fundamentais, não se extrai de nenhum trecho da constituição a ideia de que os direitos sociais estejam efetivamente limitados em sua eficácia a um “mínimo existencial”. Bem ao contrário, é possível perceber que a Constituição pretende direitos prestacionais de qualidade e acessível a todos, inclusive aos que porventura possuam condições materiais de pagar pelo serviço na iniciativa privada.

Esta outra seara da doutrina advoga a tese da indivisibilidade dos direitos humanos e que, portanto, trata os direitos sociais como extensão dos direitos de primeira dimensão, ou seja, eles são espécies de direitos fundamentais indispensáveis à realização dos demais e plenamente passíveis de realização pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Ana Cristina Costa MEIRELES dispõe que “a garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade cíveis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes restam

---

<sup>140</sup> FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 65.

<sup>141</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 10.fev.2013.

esvaziados de conteúdo e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso”.<sup>142</sup>

A fundamentalidade material dos direitos sociais, reforçada pela cláusula de abertura trazida no bojo do art. 5º, § 2º (abertura material dos direitos fundamentais), é indiscutível, especialmente se analisada sob o enfoque de que os direitos sociais são normas que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. Ultima-se que, tanto do ponto de vista formal, como do material, os direitos sociais merecem a qualificação de fundamentais já que a dignidade da pessoa humana – expressamente positivada na Constituição brasileira – é o valor vinculante de toda ordem jurídica.

Como já explanado, a positivação desses direitos na Carta constitucional demonstra a vontade do povo brasileiro em ver um mundo diferente daquele que o cercava, ou seja, expressa a vontade de construir um país novo, mais justo e solidário, com respeito a todos os direitos fundamentais, indistintamente.

Ou seja, não se pode pensar os direitos fundamentais, indivisíveis e indissociáveis, sejam eles de qualquer geração, afastados do contexto social em que surgiram, como um “mero” texto legal. Agindo desta forma, a “ciência” jurídica presta um verdadeiro desserviço à mudança do *status quo* ao criar teorias que restringiram durante tanto tempo a eficácia dos direitos sociais no Brasil.

Joaquim Herrera FLORES defende que “uma teoria crítica do direito deve se sustentar, então, sobre dois pilares: o reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o empoderamento dos grupos mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito”.<sup>143</sup>

Quer dizer, não se realizam direitos simplesmente escrevendo-os em Constituições. Tal processo é deveras importante, mas não suficiente. O acesso aos direitos sociais de grande parcela da população brasileira não se dá da forma que o texto constitucional faz parecer.

O momento, portanto, é propício para que se pense em estratégias para a efetivação dos direitos sociais escritos em 1988, mas reconhecidos em momento anterior no seio social. O problema se coloca em compreender, para utilizar

---

<sup>142</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 93.

<sup>143</sup> FLORES, Joaquim Herrera. Op. cit. p. 65.

corretamente, as ferramentas disponíveis ao cidadão desamparado de seus direitos sociais, instrumentos capazes de tirar o Estado da inércia e concretizar tais direitos.

Assim também vê Clèmerson Merlin CLÈVE, que nas suas palavras, expressa o que aqui se tenta expor, de igual forma observando o problema sob o enfoque jurídico brasileiro:

É para isso que presta, desde um ponto de vista jurídico, desde um ponto de vista estritamente constitucional, o Estado brasileiro. O que temos na normativa constitucional não é uma promessa vã, uma promessa inútil. É, antes, a resposta normativa à realidade crua que nós conhecíamos e não tolerávamos, porque nós queríamos – e queremos – um mundo novo, sensivelmente diferente. Reside aqui a dimensão utópica e fundante da Constituição.<sup>144</sup>

A doutrina constitucional, como visto, é rica em entendimento a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais. O problema se coloca então, sobre quem deve efetivar estes direitos. Na ausência de políticas públicas adequadas (ou na inadequação das que houver) na ausência de moralidade administrativa na gestão da coisa pública, na alocação de recursos públicos em setores não prioritários da sociedade, em detrimento daqueles que não possuem sequer o mínimo, cumpre estabelecer qual é a esfera de poder do Estado poderá efetivar os direitos sociais.

Há quem defenda – cujo entendimento aqui se partilha conforme explanado no primeiro capítulo e mais bem desenvolvido adiante – que, se são valores constitucionalmente consagrados e dotados de fundamentalidade por sua própria natureza, como se defendeu até aqui, a jurisdição constitucional é a evidente opção brasileira. Não é mais possível advogar a tese da não jurisdicionabilidade dos direitos fundamentais sociais, inclusive os prestacionais.

Nos dizeres de Flávia PIOVESAN,

(...) ante a indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito e outra (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao contrário, não. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade, generosidade ou compaixão.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit.

<sup>145</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Sociais, econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos**. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista\\_sur\\_01.pdf#page=20](http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_01.pdf#page=20)>. Acesso em

Em teoria, portanto, já não se justifica a separação dos direitos fundamentais em categorias apartadas, sendo uma exigível e outra não. Quando se trata dos direitos prestacionais, e especialmente quando o que está em uso são ações coletivas, o que se notava era uma tendência institucionalizada pela individualização das demandas e isso, fatalmente, reflete negativamente na busca pela efetivação dos direitos sociais. Desta maneira, sem o devido manejo dos instrumentos processuais existentes e adequados, se perpetua um estado de coisas que não consegue sair do círculo vicioso que o envolve.

Isso se dá porque, por um lado, o Poder Judiciário está atrelado a uma separação rígida dos Poderes como única doutrina possível ou porque ainda vê o processo como instrumento voltado à estrita realização dos direitos individuais. Isso favorece as demandas *inter partes* em detrimento das coletivas, que seria o “campo de batalhas” mais adequado para a concretização dos direitos sociais, destacando-se aqueles que dependem de um *facere* do Poder Executivo, as chamadas políticas públicas.

Negar a realização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é dar a ele um papel conservador, de manutenção do *status quo*, papel que a própria Constituição lhe nega. Isso se afirma porque a Constituição cria e reforça um sistema de controle jurisdicional das políticas públicas necessárias à implementação dos direitos sociais, seguida pela maior amplitude de aplicação da legislação infraconstitucional já em vigor à época da promulgação e complementação por legislação nova.

Percebe-se, portanto, que não se sustenta mais a diferenciação dos direitos fundamentais em categorias visando a não exigibilidade dos direitos sociais. A separação se justifica tão-somente por questões didáticas, por conta da forma de satisfação do direito fundamental, ou seja, da sua prestação estatal. Outra diferenciação, no sentido de reduzir a jurisdicionabilidade dos direitos sociais encerra, sem dúvida, uma posição ideológica.

Contudo, os direitos sociais prestacionais dependem de ações do Estado para que possam ser acessados de forma igualitária pela população. E aí reside outro problema na sua concretização por meio de processo judicial: a pretensa invasão do Poder Judiciário na esfera antes exclusiva do Poder Executivo. Prestabelecida a

fundamentalidade dos direitos sociais, cumpre passar à análise das teorias que tratam do controle das políticas públicas capazes de efetivar os direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário.

## 2.2 - DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS MEDIANTE O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: SUPERANDO A CLÁSSICA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Voltando a análise para o âmbito interno dos Estados, o que se pode notar é que o fenômeno constitucional, ou seja, a promulgação das constituições contemporâneas aparece justamente para marcar a transição da fase em que o cidadão servia ao Estado, para outra diferente, aquela em que é o Estado colocado e visto para servir ao cidadão. Nas palavras de Paulo Ricardo SCHIER,

A Constituição, documento normalmente escrito que ocupa o centro do sistema jurídico, é fenômeno relativamente recente. Surgiu, no processo de formação do Estado moderno, como tentativa de estabelecer limites racionais ao exercício do poder (principalmente no contexto de transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito) em vista da necessidade de tutela e proteção de um certo núcleo de direitos fundamentais.<sup>146</sup>

Os direitos sociais prestacionais dependem de atuação do Estado, em especial dos poderes legislativo e executivo. Muitos deles somente são realizados mediante a instituição de políticas públicas, de disposição discricionária do governo, ou seja, são dependentes de atos administrativos que os implemente. Isso porque “a igualdade não é um fato que é dado de antemão. É algo que se tem de construir, utilizando para isso todo tipo de intervenções sociais e públicas”.<sup>147</sup>

No atual contexto social pode-se afirmar que políticas públicas são os aparelhos de ação dos governos, que operam a partir de uma substituição dos "governos por leis" pelos "governos por políticas". Esta substituição foi determinada pela superação do dogma do estado liberal pelo estado social, sendo este o fundamento e fonte de justificação das políticas públicas. Isso porque é necessário,

---

<sup>146</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/850/1686>> Acesso em 10.fev.2013.

<sup>147</sup> FLORES, Joaquim Herrera. Op. cit. p. 44.

para o cumprimento das promessas do Estado social, o implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que estabelecem um *facere* para o Estado.

Maria Paula Dallari BUCCI, no ano de 1996, definiu políticas públicas como sendo "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".<sup>148</sup>

Já para Fábio COMPARATO, a política pública não se resume a uma norma e nem a um ato jurídico, estes que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio. O referido autor engloba estes elementos (norma e ato) como os componentes das políticas públicas, por ser a política, antes de tudo, uma "atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado".<sup>149</sup>

Na passagem do século XX várias crises do sistema fundado na separação estrita entre Estado e mercado começaram a se mostrar. Iniciando-se pela crise econômica de 1929 e passando pela segunda guerra mundial, pouco a pouco se passou a assumir que o mercado sozinho não daria conta das mazelas da população, fazendo com que o Estado voltasse a intervir, alterando-se profundamente as relações deste com o mercado.<sup>150</sup>

Assim surgem as chamadas políticas públicas, que são ações tomadas pelo Estado para conduzir a sociedade civil ao ponto desejável para seu próprio desenvolvimento. Thiago Lima BREUS descreve assim essa passagem:

Da mão invisível do mercado teorizada por Adam Smith, que regularia todas as situações, passa-se a verificar a atuação de uma mão visível estatal, a qual passa a ser o principal agente de mediação e influência dentre os atores da sociedade civil.

Para que o Estado possa influenciar a atuação da *sociedade civil*, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento. Nesse contexto, o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as *políticas públicas*.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

<sup>149</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>> Acesso em 14.fev.2013.

<sup>150</sup> BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 214.

<sup>151</sup> Idem.

Percebe-se que a criação e continuidade das políticas públicas dependem de um ato administrativo dotado de alto grau de discricionariedade.<sup>152</sup> É a Administração Pública quem, a princípio, tem o dever de concretizar os direitos sociais prestacionais, por critérios de conveniência e oportunidade.

Cabe descobrir se o juiz pode controlar esta discricionariedade, quem deve ter a última palavra no controle das ações ou omissões dos poderes públicos quando se trata da efetivação dos direitos sociais prestacionais. Quando ausente a política pública hábil a efetivar um direito fundamental social de cunho prestacional, resta responder quem deve garantir o acesso a este direito fundamental: o legislador e a administração com exclusividade, ou esta função também cabe ao Estado-juiz?

Kazuo WATANABE dá o tom desta discussão ao analisar a questão sobre outro enfoque afirmando que “há a considerar, por outro lado, que o descumprimento das políticas públicas, tal seja a sua gravidade, pode muitas vezes ser enquadrado como uma ilegalidade manifesta. Qual é o limite correto, enfim, a ser estabelecido?”.<sup>153</sup>

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI alertam que, atualmente as cortes constitucionais tem sido cada vez mais invocadas a decidirem questões sobre os mais variados temas, inclusive sobre políticas públicas:

Até mesmo países com tradição de *common law* adotaram Cartas de Direitos Fundamentais, que passaram a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis com ela incompatíveis. Dessa forma, as Cortes Constitucionais de diversos países têm sido cada vez mais demandas a resolver litígios que envolvem desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas a biodireito, aborto, políticas públicas na área da saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva, etc.<sup>154</sup>

Para Maria Sylvia Zanella di PIETRO “se for adotado o entendimento de que (o controle das políticas públicas) se trata de simples interpretação, estar-se-á admitindo que o Judiciário possa examiná-lo (o conteúdo do ato administrativo), por

---

<sup>152</sup> A questão da discricionariedade, definida não como liberdade absoluta do agente político, mas também como atividade vinculada aos ditames constitucionais é amplamente desenvolvida por PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 125-152.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em 16.abr.2013.

ser o intérprete máximo da lei”.<sup>155</sup> No mesmo sentido, Cássio Scarpinella BUENO que, ao sugerir uma sistematização do direito processual público coletivo, assim se manifesta:

O “direito processual público”, nestas condições, realiza, no sentido de tornar concreto, real palpável, o próprio Estado Democrático de Direito. Não como sinônimo de máquina administrativa, mas como método de contenção do exercício do poder e de seus exercentes – por isto são “*deveres-poderes*” -, de resguardo de direitos e garantias dos *destinatários* deste mesmo poder; Estado Democrático de Direito como realizador da legitimação das decisões políticas e do bem-estar social.<sup>156</sup>

Os direitos sociais são direitos exigíveis, até porque, para sua eficácia é necessária, no mínimo, uma ação conjunta entre legislativo e executivo, ou seja, um densificando o conteúdo dos direitos fundamentais e o outro criando as políticas públicas necessárias à realização destes direitos.<sup>157</sup> E se são exigíveis, tais direitos são também jurisdicionáveis, ou seja, devem ser também garantidos pelo Poder Judiciário quando provocado pelos interessados. Nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, que se utiliza das lições de Mauro CAPPELLETTI:

Para além disso, deve-se entender que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é necessário também um crescimento dos papéis do Poder Judiciário, sob pena de mantendo-se o princípio da estrita separação de poderes, se mantenha um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”, ou seja, para Cappelletti esse ideal de rígida separação de poderes acaba por levar “a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado”, o que por sua vez significou períodos de perigo na história mundial, nos quais “o poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam”, como ocorrido na Itália pré-fascista ou na Alemanha de Weimar.<sup>158</sup>

Ocorre que em incontáveis situações, por inúmeras questões que não cabe identificar agora, a máquina administrativa deixa de realizar o comando constitucional

---

<sup>155</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003. p. 187.

<sup>156</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público**. v. 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

<sup>157</sup> SCHARZ, Rodrigo Garcia. Judicialização e administração pública: notas a respeito do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais. In: **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Melo**. SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 320

<sup>158</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20673/o-controle-judicial-dos-direitos-fundamentais-sociais-no-brasil>> Acesso em 01.jun.2013

por optar por outras demandas administrativas, talvez não interessantes sob o ponto de vista de quem necessita de direitos básicos como moradia, educação e saneamento básico, por exemplo.

O ideal de que o Estado se justifica, se legitima, na medida da satisfação dos interesses do seu povo, foi institucionalizado pela Constituição. Ou seja, o indivíduo passa a ser o centro e o valor fundante do ordenamento jurídico, que submete o Estado na mesma medida que submete o cidadão.

Para alguns autores a existência do Estado atualmente se justifica na medida em que sirva para a realização da felicidade dos seus integrantes.<sup>159</sup> A ideia causa polêmica, uma vez que a “felicidade” é uma busca pessoal, um valor subjetivo, tornando a realização da felicidade de cada um uma tarefa hercúlea, impossível.

Mas o fundamento desta justificação para a existência do ente estatal é mais bem compreendida quando analisada sob o aspecto do direito de acesso a bens materiais e imateriais que propiciam uma condição mínima de busca da felicidade durante a vida de todos e de cada um. Sob este enfoque a necessidade de que o Estado esteja comprometido com a felicidade (por que não) daqueles que estão sob sua gerência se torna inegável.

Essa ideia vai ao encontro da já consagrada teoria crítica dos direitos humanos, aquela que percebe que os direitos fundamentais não são um dado pronto, mas sim uma construção, ou seja, estão “sujeitos”, irremediavelmente, pelo contexto social que os fez surgir, fruto das lutas travadas no seio de cada povo. E uma vez reconhecidos pelos ordenamentos devem ser efetivados: o Estado deve encontrar um meio de entregar na prática estes direitos aos cidadãos. Isso porque, sem esta devida realização, não há direitos.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> GABARDO, Emerson. Emerson Gabardo. **O jardim e a praça para além do bem e do mal** - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. Tese de doutorado. Disponível em: <[http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1)>. Acesso em 16.fev.2012.

<sup>160</sup> “Para a reflexão teórica dominante, os direitos “são” os direitos; quer dizer, os direitos humanos se satisfazem tendo direitos. Os direitos, então, não seriam mais que plataformas para se obter mais direitos. Nessa perspectiva tradicional, a ideia do “quê” são os direitos se reduz à extensão e à generalização *dos direitos*. A ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é “o direito a ter direitos”. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? E as lutas sociais que devem ser colocadas em prática para poder garantir um acesso mais justo a uma vida digna?” FLORES, Joaquim Herrera. Op. cit. p. 33.

É interessante notar que impedir os abusos da maioria numérica representativa nos poderes democraticamente constituídos é uma das funções do Poder Judiciário apontadas pela doutrina dos direitos fundamentais<sup>161</sup>. Ou seja, os direitos fundamentais – aqui certamente se incluem os direitos sociais – são verdadeiros trunfos contra a maioria<sup>162</sup>, cuja tutela e efetivação, na omissão dos poderes legitimados, ficariam sob o encargo da tutela do Poder Judiciário.

É certo que, em termos numéricos absolutos, os pobres no Brasil, aqueles que estão à margem da média econômica social brasileira, são a maioria. Todavia, desde a colonização do Brasil esta classe social esteve relegada a não usufruir das esferas do poder institucionalizado, o que torna para eles os bens materiais e imateriais da sociedade, intangíveis.<sup>163</sup> Portanto, sob o aspecto do exercício representativo da democracia a parcela menos favorecida economicamente da população é minoria, porque não consegue se fazer representar propriamente em âmbito parlamentar.

O constituinte brasileiro não ignorou esta realidade, garantindo a todos, indistintamente, direitos e garantias processuais. Direitos estes, portanto, que podem ser satisfeitos de múltiplas formas, mas que não podem ser ignorados ou mal prestados pelos poderes públicos transitórios, ficando também ao encargo do poder mais contínuo (o Poder Judiciário) a realização da meta constitucional.

Este controle será possível quando inertes os outros poderes ou quando, ao agirem estes, utilizem suas prerrogativas de forma inadequada: com desvio de finalidade ou fora de uma ordem prioritária social. O Poder Judiciário, por sua vez, só agirá mediante provocação, ou seja, a concretização dos direitos (de todos eles) dependerá em algum grau, da mobilização dos próprios interessados e da efetiva garantia do acesso à justiça.

No que se refere à jurisprudência dos tribunais brasileiros, esta, durante muito tempo, foi sedimentada no sentido de que o Poder Judiciário não estava autorizado a adentrar no mérito do ato administrativo. Portanto, os tribunais se auto limitaram no que tange à efetivação de direitos sociais e políticas públicas, fundados

---

<sup>161</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. passim.

<sup>162</sup> De acordo com a teoria desenvolvida por Jorge Reis NOVAIS, na obra supracitada.

<sup>163</sup> Conforme terminologia empregada por Raymundo FAORO em sua obra Os donos do poder.

da teoria da separação rígida dos poderes. Ada Pellegrini GRINOVER<sup>164</sup> afirma que várias posições jurisprudenciais anteriores à Constituição de 1988 apontam nesse sentido.<sup>165</sup>

Por seu turno, as construções legislativas subsequentes à Constituição demonstram uma tendência de alteração do paradigma anterior, pois, por meio delas se criaram instrumentos processuais e foram aprimorados outros capazes de tutelar os interesses coletivos *lato sensu* e, por conseguinte, em certa medida, o controle judicial do mérito do ato administrativo que cria ou deixa de criar determinada política pública.

Maria Sylvia Zanella di PIETRO prossegue seu raciocínio na obra referida afirmando que “se hoje existe o direito de ação para proteger o interesse público, o interesse coletivo, o interesse difuso, o Judiciário não pode mais se omitir”.<sup>166</sup> Segue a lição de GRINOVER, no que tange à mudança da finalidade da Ação Popular a partir da Constituição de 88:

(...) a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei n. 4717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII introduziu a seguinte redação: 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.<sup>167</sup>

A guinada a que se refere à autora no trecho referido de sua obra é, além da previsão expressa do controle da moralidade administrativa, o reconhecimento pelos órgãos do Poder Judiciário de que tal controle não poderia se dar sem o controle do mérito do ato administrativo judicialmente contestado. Esta seria a razão pela qual a mencionada redação constitucional teria aberto as portas do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 31.jan.2013.

<sup>165</sup> A autora cita, exemplificativamente, que o STF, na década de 1960, aprovou em Sessão Plenária a Súmula 339, com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia”. Idem.

<sup>166</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit. p. 188.

<sup>167</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle...**

<sup>168</sup> Como ensina Osvaldo CANELA JUNIOR: “A *actio popularis* romana, precursora da ação

Defendendo que não se vislumbra na hipótese a quebra da separação dos Poderes, mas sim uma nova visão sobre a antiga teoria clássica, afirma a autora, com razão, que as formas de expressão do poder estatal são instrumentos para a consecução dos fins do Estado – e estes fins são aqueles objetivos previstos no próprio texto constitucional – não podendo ser consideradas fins em si mesmas. Ou seja, a alegação de uma pretensa invasão de um Poder pelo outro não pode ser empecilho para a efetivação de direitos.<sup>169</sup>

Segue a lição de Luis Manoel Fonseca PIRES para quem

(...) convém ressaltar que o eixo da discricionariedade não se associa mais a uma vaga noção de “poder”, muito menos se encerra na simples declaração jurídica do Estado, no “ato”, mas se deve entreter com a noção de *competência* que estabelece a *medida e a definição dos poderes*. Os poderes em um Estado Democrático e Social de Direito devem ser concebidos enquanto e na proporção em que previstos pelas normas jurídicas, e só devem ser previstos conforme forem necessários à realização do interesse público que, por sua vez deve estar delineado nas normas constitucionais e demais leis com ela compatíveis.<sup>170</sup>

O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado no pós-guerra foi o da atividade legislativa como sendo a preponderante sobre os demais poderes. O segundo foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que representasse apenas “a boca da lei”, ou seja, com atividade subordinada ao poder legislativo<sup>171</sup>. Atualmente não se pode mais olvidar que o Juiz, a despeito de não ser eleito pelo voto direto, exerce função política, função de agente social capaz de alterar a realidade.<sup>172</sup>

Colaciona-se o entendimento de Oswaldo CANELA JUNIOR:

---

popular, não seria concebível sem a noção de povo ou nação e sua relação com a *res publica*. Os agrupamentos humanos pressupõe a existência de idênticos interesses entre os seus componentes. Dos variados interesses possíveis, alguns serão, indubitavelmente, idênticos. Se estes interesses forem juridicamente amparados, haverá uma diversidade de titulares do mesmo direito.” **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141.

<sup>169</sup> Neste sentido o prof. Flávio PANSIERI: “Já nos séculos XVIII e XIX, a Separação dos Poderes passou a ter como objetivo, além da proteção da liberdade do indivíduo, também o aumento da eficiência do Estado, pela distribuição de atribuições entre órgãos especializados”. In: PANSIERI, Flávio. **Eicácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012. p.136.

<sup>170</sup> PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 130.

<sup>171</sup> Idem.

<sup>172</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)> Acesso em 11.mai.2013.

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No *exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca*: é este o sentido da *independência* dos poderes.<sup>173</sup>

Havendo a previsão de diversos instrumentos para acesso ao Judiciário que servem em última análise para o controle das políticas públicas, e se o processo é um meio para a satisfação de direitos materiais, parece claro que o último enfoque da crise de tutela jurídica decorre de uma problemática de direito processual. Vale dizer, inobstante os direitos sociais estarem assinalados pelo ordenamento, estampados com todas as letras no texto constitucional, sem qualquer ressalva, seus efeitos práticos – almejados pelo constituinte – não são obtidos. E este impasse surge não da ausência de vontade do legislador constituinte (no caso brasileiro, os direitos estão lá), mas sim de não estar o titular individual ou grupal daquele direito munido de instrumentos processuais idôneos a protegê-lo diante da não concretização dos seus direitos.

O Poder Judiciário é uma faceta, uma manifestação do poder estatal e o Poder Legislativo é outra, assim como o Executivo. A separação se sustenta na medida em que serve para a autolimitação do Estado no exercício de suas funções constitucionalmente definidas, não podendo ser invocada como entrave para o acesso da população aos bens fundamentais previstos no texto constitucional. A garantia de gozo destes direitos é evidentemente um plano para a nação brasileira e é assim que devem ser encarados.

No silêncio das esferas governamentais e/ou legislativas, ou no disparate no emprego dos recursos públicos por eles administrados e controlados, a esfera judiciária não pode se omitir quando provocada utilizando-se com argumento de esquivia a separação dos poderes. Ademais, é sempre importante ter em mente que a opção do constituinte foi pela jurisdição constitucional. Portanto, fundamentada juridicamente a decisão individual ou coletiva que controla uma política pública para a efetivação de um direito social prestacional, esta não importará em ofensa à separação dos Poderes.

---

<sup>173</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. cit. p. 171.

Conclui-se, então, que somente “exorbitará o magistrado suas funções, por outras palavras, sempre que, sem fundamento jurídico que demonstre que a opção legislativa ou da administração pública não é a melhor para o caso, anulá-la para ordenar a adoção de outra política”.<sup>174</sup> Portanto, o Poder Judiciário não pode se furtar ao reconhecimento e tutela dos direitos sociais, sejam eles considerados no plano processual como metaindividuais ou individuais, permitindo-se o exercício isolado ou conjunto do direito de ação.<sup>175</sup>

Também é importante destacar, na esteira da lição de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI, que em relação ao que se usou chamar de judicialização da política – a transferência de parte das decisões de cunho político para os tribunais –, são os próprios vencidos na arena política os que provocam o Poder Judiciário com vistas a afastar a vontade da maioria parlamentar em relação a uma determinada questão.<sup>176</sup>

Ou seja, os partidos políticos e seus representantes diuturnamente acessam o Poder Judiciário buscando uma declaração sobre a constitucionalidade ou não de determinada decisão parlamentar, tentando fazer valer a sua ideia de valores, o que demonstra que esta forma de controle é, de certa forma, aceita pelos próprios integrantes do Poder Legislativo.

Ainda que o sistema processual civil como um todo esteja voltado primariamente para a proteção dos direitos individuais,<sup>177</sup> pouco a pouco vem tomando forma o emprego de estratégias processuais aptas à garantia dos direitos sociais, em especial no seu aspecto coletivo. Esta ideia será mais bem desenvolvida no capítulo final do trabalho.

Por ora, é relevante salientar que mesmo com a produção doutrinária tendente a superar o dogma da não jurisdicionabilidade dos direitos sociais prestacionais mediante o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, ainda é corrente posicionamento em contrário.

---

<sup>174</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas...**

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit.

<sup>177</sup> Esta ideia vem desde a doutrina das ondas de acesso à justiça trabalhada na obra CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

O temor de parte da doutrina<sup>178</sup> é de que haja uma interferência do Poder Judiciário injustificável sob o ponto de vista da teoria da separação dos poderes, sobre os outros dois poderes estatais mediante a atuação de juízes ativistas, que exorbitam o poder jurisdicional, imiscuindo-se em assuntos que não são da função judiciária. Isso poderia significar uma sobreposição da jurisdição constitucional, cujo efeito mais nefasto seria a violação do princípio democrático.

Importante ressaltar que existe o forte posicionamento de que a efetivação dos direitos sociais prestacionais estaria limitada a questões de ordem orçamentária. A escassez de recursos financeiros pelo Estado seria um impedimento insuperável tendo em vista o custo envolvido na efetivação desta modalidade de direitos.

Portanto, antes de concluir a pesquisa analisando o sistema processual coletivo como instrumento adequado para o controle judicial das políticas públicas aptas a efetivar os direitos sociais prestacionais, importante que sejam abordados os pretensos limites apontados para a atuação do Poder Judiciário nestas questões: do ativismo judicial e da reserva do financeiramente possível.

### 2.3 – ATIVISMO JUDICIAL E RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL: LIMITES À ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO?

Para dar início ao presente tópico é importante ter em mente que quando se emprega o termo ativismo judicial, muitas vezes não se está a se referir ao mesmo fenômeno jurídico. Entender e aceitar o ativismo como uma forma de efetivação dos direitos fundamentais é, talvez, o maior desafio atual da comunidade jurídica voltada para o estudo do direito constitucional. É também o maior temor daqueles que, dentre tais estudiosos, veem com enormes ressalvas a atuação recente da suprema corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial em território nacional foi mais intensificado após a entrada em vigor da Constituição de 1988,<sup>179</sup> com sua declarada supremacia em face da ordem infraconstitucional e sua gama de direitos fundamentais e princípios assegurados. Tudo isso trouxe a necessidade de revisão de muitas das teses

---

<sup>178</sup> Como Lênio Streck, por exemplo.

<sup>179</sup> Embora se reconheça que o ativismo judicial teve suas raízes na doutrina do *habeas corpus* desenvolvida pela atuação de Rui Barbosa perante o STF.

jurídicas clássicas, o que desafia cotidianamente o Poder Judiciário brasileiro a se reinventar em matéria de jurisdição constitucional.

A crítica ao ativismo judicial, quando apontado como algo pernicioso, se dá principalmente no sentido de que, no exercício da função, o juiz invade a sagrada esfera de atuação de outro Poder. Agindo o magistrado assim, sua decisão poderia tirar o “pedaço do bolo” de outro que nunca o teve e o entrega para aquele que acessou a justiça.

Para outros autores,<sup>180</sup> contudo, o Supremo Tribunal Federal vem atuando na medida de suas funções constitucionalmente determinadas. Age porque provocado e não pode deixar de responder aos anseios dos jurisdicionados que pretendem ter seus direitos aplicados de forma direta, sem a necessidade de intermediação legislativa e/ou administrativa, especialmente os ditames constitucionais sobre direitos fundamentais.

Na falta de atividade legislativa e diante da necessidade de efetivar direitos fundamentais, constrói-se o direito aplicável. Este é o entendimento de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, para quem o ativismo é uma atividade necessária para a efetiva construção dos direitos fundamentais em sociedade, uma vez que é por meio de juízes ativistas que se rompe com a mentalidade anterior. Aí reside, portanto, o poder transformador das decisões judiciais e o Poder Judiciário assume seu verdadeiro papel determinado pela Constituição.

A opção constituinte brasileira foi pela criação de um sistema misto de controle de constitucionalidade, pois sua forma de manejo se aproveita de técnicas provenientes de tradições jurídicas diferentes. Aqui, o sistema difuso, conferido a cada juiz em particular e que chega ao órgão de cúpula do Poder Judiciário pela via recursal, derivados de sistemas típicos do *judge make law*, convive com o controle concentrado, que é parente daquele utilizado no sistema europeu, típico dos países de tradição *civil law*.

Porém, esta “importação” de sistemas não se dá de forma completa, como se pode supor, e a ausência de determinados institutos que conferem mais coerência e segurança – como um sistema de precedentes vinculantes<sup>181</sup> – torna o sistema

---

<sup>180</sup> Para aprofundar-se no tema ler: BARROSO, Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331-346; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...** p. 178-204; RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. passim.

<sup>181</sup> Como defendido por MARINONI em sua obra *Precedentes Obrigatórios* e por BARBOZA em

brasileiro um terreno fértil para outro tipo de ativismo judicial (considerando aqui o termo ativismo quando aplicado com conotação pejorativa).<sup>182</sup>

Todavia, é de se entender que quando realiza sua função constitucionalmente atribuída, porque foi invocado para resolver a controvérsia, diante da falta de normatividade ou inconstitucionalidade da que houver, o Tribunal se depara com princípios abertos, textos porosos – tão próprios dos sistemas atuais – imbricados de valores, e é instado, então, a normatizar o caso, muitas vezes criando regras de direito fundamental atribuídas realizando ponderação.<sup>183</sup>

Nesses casos o Poder Judiciário não pode ser taxado de ativista, ou se o for, trata-se de um ativismo necessário e não algo a ser combatido. Isso porque essa é a sua nova função precípua, já que guarda a constituição e a ela deve dar a maior efetividade possível.

Parece superada a doutrina de que somente regras positivadas podem reger o caso concreto, pois há muito já se construiu na prática judiciária a aplicabilidade imediata dos princípios, até mesmo não escritos, assim como a eficácia direta dos direitos fundamentais, dotados de complexidade estrutural.<sup>184</sup>

A divergência se dá no modo de racionalizar o sistema, nos limites postos ao intérprete para que então uma determinada decisão possa ser considerada fruto de ativismo ou não. Alguns vão defender, por exemplo, a vinculação, ao menos, do intérprete ao texto da norma.<sup>185</sup>

Na outra ponta, autores mais familiarizados com o sistema de controle difuso, cujas decisões do órgão de cúpula são vinculantes aos demais (sistema estadunidense) concebem a ideia da necessidade precípua de que o Juiz, no caso concreto, descubra novos direitos aparentemente decorrentes de outro, ou da combinação de outros, e, reconhecendo-os, os aplique, transformando-os em direitos positivados, revelados. Ou ainda, que reinterprete os já interpretados anteriormente, conferindo-lhes coloridos mais atuais.

sua tese de doutorado: **Stare decisis...** Disponível em: [http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf) Acesso em 20.fev.2102.

<sup>182</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 107-137.

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 99-102.

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

<sup>185</sup> STRECK, Lênio. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte".** Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf> Acesso em: 18.set.2012.

Essa divergência de pensamento estampa um desacordo semântico. Inobstante, para este estudo serão consideradas fruto do mau ativismo judicial – e, portanto, não admissíveis no sistema – aquelas decisões nas quais o Poder Judiciário invade efetivamente a esfera de outro Poder, em especial do legislativo, transbordando a competência que a própria Constituição lhe atribui, aquelas decisões em que o magistrado deixa de lado o procedimento para impor sua própria ideia de justiça.

Nas demais hipóteses, estar-se-á diante da função da jurisdição constitucional ou do bom ativismo judicial, por assim dizer. Sendo assim, a simples invocação do ativismo judicial como um limite à efetivação dos direitos não se sustenta.

E isso se conclui analisando o problema somente sob a óptica da proteção dos direitos fundamentais pela via individual ou através da instrumentalização das chamadas ações constitucionais – aquelas que permitem o controle concentrado de constitucionalidade, cuja decisão gerará efeitos coletivos.

A questão, todavia, parece ainda menos importante quando analisada sob a óptica da tutela coletiva dos direitos. Extrai-se do sistema processual coletivo constitucional e infraconstitucional que há uma opção legislativa – e democrática, portanto – de conferir aos cidadãos a possibilidade evidente de tutela jurisdicional dos direitos sociais prestacionais, cuja política pública necessária para sua efetivação se mostrará como um direito coletivo *lato sensu*.

Certamente que, em tais casos, não se poderá taxar a tutela jurisdicional de ativista (como definida acima), muito pelo contrário. Ao tutelar os direitos sociais por esta via, o Judiciário estará atuando nos estritos limites e na função que a Constituição lhe impõe – a de efetivar direitos fundamentais utilizando-se dos instrumentos existentes.

Por outro lado, quando realiza determinados direitos sociais através do deferimento de medidas judiciais individuais o Poder Judiciário pode acabar provocando uma distorção,<sup>186</sup> ainda que com a melhor das intenções no caso concreto. Isso porque o Brasil é um país desigual, que possui uma camada social

---

<sup>186</sup> Como exemplo pode-se citar o paciente Rafael Favaro que conseguiu na justiça tratamento de saúde pelo SUS que cada dose de 30 mililitros custa mais de R\$ 11 mil. Em menos de meia hora, a corrente sanguínea de Rafael absorve o conteúdo de três frascos, diluído numa bolsa de soro. São R\$ 35 mil a cada 15 dias. Cerca de R\$ 70 mil por mês. Mais de R\$ 800 mil por ano.

formada por pessoas sem conhecimento mínimo de seus direitos e que estarão, por diversos motivos, à margem do acesso à justiça. O mais intrigante é que justamente estas pessoas é quem seriam os principais beneficiados com a concretização dos direitos sociais prestacionais.

E, importante que se diga, em relação à tutela individual dos direitos sociais, que “não se trata de bloquear esta via importante para a cidadania, mas de empreender uma reflexão mais amadurecida sobre as consequências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros, que, ao tudo conceder para os que têm acesso à justiça, pode acabar retirando daqueles que não os desfrutam”.<sup>187</sup>

Conclui-se, portanto, que se o juiz age dentro dos amplos limites traçados pela Constituição e se desincumbe apropriadamente de seu ônus argumentativo<sup>188</sup> não há que se falar em ativismo judicial como uma atividade perniciosa. Ou seja, atuando o comando constitucional com vistas a efetivas os direitos fundamentais, não haverá afronta à separação dos poderes.

Além da necessidade de controlar o Poder Judiciário, há outros limites apontados para o controle jurisdicional das políticas públicas e aqui se destaca a chamada reserva do financeiramente possível, ou apenas reserva do possível. O entendimento assentado na doutrina e jurisprudência, como antes consignado, era o de que somente a legalidade do ato administrativo era passível de controle, sendo que o mérito do ato não era dado ao Judiciário controlar.<sup>189</sup> Hoje, com a possibilidade já apontada de controle da moralidade do ato administrativo, o Judiciário penetra no controle do mérito deste ato.

Cumpram então esclarecer de forma breve, já que se vislumbra como possível o controle judicial das políticas públicas, como a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas,<sup>190</sup> a chamada reserva do financeiramente possível, pode influenciar esta atividade do Poder Judiciário.

---

<sup>187</sup> SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>> Acesso em 18.mai.2013.

<sup>188</sup> Conforme doutrina de Robert ALEXY em sua obra já referida: **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 93-102.

<sup>189</sup> WATANABE, Kazuo. Processo Civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.) **Processo Civil de interesse público.** São Paulo: RT, 2003. p. 21.

<sup>190</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle...**

Ocorre que, tradicionalmente, os direitos de liberdade (ou civis, ou ainda de primeira geração) eram vistos e tratados como não onerosos, facilmente exigíveis e, portanto, de fácil proteção. Por sua vez, os direitos sociais, ao revés, eram taxados de positivos, onerosos, vagos, “de eficácia mediata, condicionados na sua concretização, por critérios de razoabilidade ou de disponibilidade, à reserva do possível, ou seja, a contingências, sobretudo econômicas, num claro contexto de disputas alocativas”.<sup>191</sup>

José Carlos Vieira de ANDRADE defende a ideia de que a efetivação dos direitos sociais está limitada pela existência de recursos financeiros pelo Estado. Nas suas palavras:

Ora, a escassez dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam este desenvolvimento.

(...)

As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas económicas, sociais e culturais ou para sua “implementação”. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.<sup>192</sup>

Ao se levar a cabo tal raciocínio, é possível constatar que o fenómeno económico pode ser facilmente invocável para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Além disso, fica a cargo de um grupo político eleger as prioridades sociais, normalmente, sem a participação dos grupos interessados.

Se isso fosse verdadeiro, os direitos sociais não passariam de vetores, normas programáticas que estariam relegadas à “boa” vontade do legislador e do Poder Executivo que, diante de alegada insuficiência de recursos poderiam manter-se

---

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 186-187.

inertes, sem qualquer consequência. Todavia, tal fundamento “traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice”.<sup>193</sup>

Oswaldo CANELA JÚNIOR afirma que o orçamento estatal não pode ser óbice à garantia dos direitos sociais, pelo contrário, o orçamento é o próprio instrumento para a realização de tais direitos.<sup>194</sup> Portanto,

Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência, ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado.<sup>195</sup>

Jorge Reis NOVAIS analisa a questão de outro ponto de vista, já que entende que a efetivação dos direitos de liberdade também implica em custo financeiro e muitas vezes sua garantia real para o cidadão implica em gastos consideravelmente maiores por parte do Estado.

Não obstante serem os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais sociais de natureza diversa, conclui o referido autor que, à parte tal diferença de natureza, todos os dois são direitos fundamentais e se considerados como um todo é possível extrair nuances positivas e negativas de ambas as espécies de direito fundamental.

O autor visualiza que aceitar a reserva do financeiramente possível somente para os direitos sociais, esconde uma tratativa diferenciada novamente para esta modalidade de direito. Nas palavras do autor:

Isto não significa, de facto, concluir pela ausência de custos dos direitos de liberdade ou que a realização ou efectividade social deles seja isenta de implicações financeiras, mas o importante é determinar a natureza do direito, faculdade ou garantia que está em causa na situação concreta, e, aí, se a respectiva validade e eficácia não estiverem sob a reserva do possível então, por isso, a sua eventual violação pode ser judicialmente determinada com total abstracção dos custos directos ou indirectos envolvidos na realização do direito como um todo.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. Op. cit. p. 102.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 101-110.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>196</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...** p. 113.

Prossegue o autor em irretocável raciocínio que em um processo judicial, quando há, por exemplo, a correção pelo juiz do valor de uma indenização por desapropriação, em clara garantia de direito de liberdade, ou ainda quando arbitra uma indenização por ato ilícito praticado pelo Estado em face do cidadão e, quando adentra ao controle de determinado ato que visa à garantia de um direito social, “verificando a indispensabilidade ou necessidade de uma restrição, no confronto com alternativas tão eficazes e menos restritivas, mas eventualmente mais dispendiosas”.<sup>197</sup>

Fica claro então que o problema não é a possibilidade de que o juiz interfira em questões financeiras do Estado em questão, mas de que tipo de direito se está tratando, o que esconde um limite implícito, não dito, de natureza ideológica.<sup>198</sup>

Ada Pellegrini GRINOVER, afirma que, em âmbito processual não será suficiente a mera alegação de insuficiência de recursos para evitar a condenação do Estado na prestação de uma política pública. A alegada reserva do possível deverá ser provada pela administração, vigorando a regra da inversão do ônus da prova, positivada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor,<sup>199</sup> aplicada por analogia.

A autora afirma que o juiz “em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária para a implementação da política pública”.<sup>200</sup> Ou seja, mais do que o direito à prestação em si, o cidadão tem reconhecido o direito à política pública adequada à tutela de seu direito social.

Por tudo isso, o simples argumento de ausência de recursos financeiros não pode ser, por si só, óbice à prática das políticas públicas que assegurem o gozo e exercício dos direitos sociais. A reserva do financeiramente possível ou a pretensa

---

<sup>197</sup> Ibidem, p. 117

<sup>198</sup> “Nesse sentido, o problema subjacente ao reconhecimento da reserva do possível e à relação entre legislador e juiz na realização dos direitos sociais não é um problema de contabilização de recursos existentes, mas um problema de competência orçamental, de divisão e separação de poderes em Estado democrático”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...** p. 120.

<sup>199</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle....** p. 24

estabilidade financeira do Estado servirá apenas como um valor a mais a ser ponderado no caso concreto.

Desta forma, como já quase não se discute que os direitos fundamentais chamados de direitos de liberdade garantem direitos *prima facie*,<sup>201</sup> ou seja, somente limitáveis quando ponderados com valores de igual grandeza no caso concreto, assim também devem ser vistos e tratados os direitos sociais.

Sendo assim, nem o ativismo judicial nem a reserva do financeiramente possível constituem, por si só, limites prévios à jurisdicionabilidade dos direitos sociais prestacionais. Especialmente quando se trata da tutela coletiva de tais direitos, garantidora da isonomia no acesso aos bens que garante.

No capítulo seguinte, o tema da pesquisa será abordado sob a óptica do sistema processual coletivo brasileiro, buscando-se demonstrar que a garantia à política pública necessária à efetivação dos direitos sociais prestacionais pode ser dada aos grupos interessados através das demandas coletivas. Para isso, far-se-á uma análise dos direitos sociais prestacionais como direitos coletivos, entendimento necessário para justificar a aplicação do sistema processual coletivo para tal finalidade.

---

<sup>201</sup>ALEXY, Robert. Op. cit. p. 103-105.

### 3. O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: QUEBRANDO AS ESTRUTURAS DO PROCESSO CIVIL INDIVIDUALISTA

A dogmática jurídica como um todo sofreu verdadeira reviravolta a partir do momento em que o constitucionalismo surgiu e se consolidou como modelo jurídico no mundo ocidental. No caso brasileiro, a partir da Constituição de 1988 ocorreu uma mudança radical do paradigma jurídico, especialmente no que tange aos direitos sociais.

Superada a teoria rígida da separação dos Poderes, bem como analisados os pretensos limites ao controle judicial das políticas públicas aptas a efetivar os direitos sociais prestacionais, tem-se que o Poder Judiciário deve desempenhar um papel ativo – ao lado dos outros dois poderes, de cunho transitório, que integram a União – na efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles de qualquer uma das gerações.

E, para que isso possa ocorrer sem qualquer desvio de função ou invasão indevida nas esferas exclusivas dos outros Poderes, é necessária uma ferramenta adequada com vistas a realizar os comandos materiais constitucionais e também que represente o reflexo do modelo constitucional de direito processual.<sup>202</sup> Daí decorre a teoria da instrumentalidade do processo.

Tal festejada teoria representa a absorção definitiva da noção de que o processo não é um fim nele mesmo: sua existência se justifica na exata medida em que é útil para a concretização de direitos materiais, em especial de direitos fundamentais.

Não se sustenta mais, como amplamente discutido alhures, qualquer distinção de natureza entre direitos individuais e sociais que conclua pela inefetividade de uma das espécies. São realizáveis de formas diferentes, possuem acepções diferenciadas, mas não é mais possível aceitar a tese de que os direitos sociais não são jurisdicionáveis ou, se o são, estão limitados intrinsecamente por questões de discricionariedade no emprego do orçamento, ou da necessidade de manter o Poder Judiciário passivo, contido. Esse discurso tem em vistas garantir a

---

<sup>202</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. O “**modelo constitucional do direito processual civil**”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>> Acesso em 16.jun.2013.

manutenção do *status quo* de uma visão dominante de mundo, de Estado, que não guarda relação com o texto e o contexto constitucional brasileiro.

Trazendo o debate para o plano processual, destaque-se que o sistema processual infraconstitucional deve prever ferramentas adequadas para a efetivação dos direitos sociais prestacionais e assim o faz. Pois, utilizando as palavras de Cássio Scarpinella BUENO,

Não pode mais haver dúvidas de que o “processo” nada mais é do que um instrumento destinado ao atingimento de determinadas finalidades. Para ser mais sintético, mas não menos exato: o processo é *meio* e não *fim*. Quando este “fim” se relaciona a conflitos de interesses regidos, no plano material, pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o “meio” precisa, necessariamente, ser calibrado e preparado para atingir aquele desiderato.<sup>203</sup>

Todavia, é vaga a afirmação vazia de que o processo é um instrumento se não se indaga quais são os objetivos que se pretendem alcançar com a utilização deste instrumento.<sup>204</sup> Fixar as finalidades ou escopos do processo é indagar sobre sua utilidade e hoje não se nega que o processo tem, além de outros escopos,<sup>205</sup> uma finalidade política. São nesse sentido as lúcidas palavras de Cândido Rangel DINAMARCO:

A fórmula *atuar a vontade da lei*, com que com muita autoridade se procurou definir teologicamente a jurisdição, se bem aponte ao ordenamento jurídico como alvo de zelo do Estado-juiz, fá-lo vagamente e não é bastante em si para indicar a missão *política* que o Estado confia aos seus juizes. A insistente alusão ao *caso concreto* como destinatário da *aplicação* do direito pelo juiz, nesse seu trabalho de declarar e atuar a lei, é sinal seguro de um individualismo jamais desmentido na doutrina assim estritamente jurídica do escopo do processo. É a tradicional postura românica consistente em conferir todo o direito ao indivíduo (*persona*) e pensar no homem como sujeito de direitos e não como integrante da sociedade política e merecedor de condições para a felicidade pessoal. Hoje, o direito público é conscientemente à organização social e não à distribuição de bens, é mister ver no processo, ramo do direito público, alguma destinação que vá além da aspiração individual à satisfação de interesses e (agora, mais do que está naquela insuficiente) além da realização fragmentária de cada preceito jurídico concreto. O próprio direito tem inegavelmente um *fim político*, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso...** p. 27.

<sup>204</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177.

<sup>205</sup> Jurídico, econômico e social, por exemplo.

<sup>206</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...** p. 199-200.

Como se nota na citação acima, o direito processual deve ser pensado com a mesma intensidade, para a realização da tutela dos direitos da sociedade e dos grupos, desfragmentando a prestação jurisdicional individual. Dessa forma, ao processo será dado a finalidade que dele se espera, tendo como base o texto constitucional.

Para a consecução dos objetivos políticos do processo brasileiro, fins transformadores da realidade, para Teori Albino ZAVASCKI,<sup>207</sup> instrumentos processuais foram criados no ordenamento pátrio a tal ponto que hoje, como não poderia deixar de ser, o Processo Civil não se limita mais à prestação da tutela jurisdicional individual.

O atual sistema processual coletivo foi construído ao longo do tempo por inúmeros institutos processuais de tutela dos direitos dos grupos. Mencionam-se como exemplos de instrumentos de participação coletiva nas demandas judiciais: Lei 7.347/85, que disciplinou a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Posterior a tal lei, verificam-se as leis 7.853/89, que pretende a proteção dos direitos de pessoas portadoras de deficiências; Lei 8.069/90 tutelando a proteção aos direitos transindividuais de crianças e adolescentes; Lei 8.078/90 com preservação dos interesses dos consumidores e a criação do sistema processual coletivo bem como a Lei 10.741/2003 com o intuito de defender os direitos das pessoas idosas.

A finalidade de todas estas leis é, indubitavelmente, a efetivação dos direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada ou a defesa daqueles interesses que, embora individualizáveis, não se recomenda a tutela individual pela quantidade de pessoas que são atingidas pela lesão ou ameaça a direito.

Por certo que a promulgação da Constituição de 1988 foi paradigmática para a tutela destes direitos ou interesses, haja vista a consagração da dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e a positivação dos direitos sociais prestacionais como fundamentais. O atual cenário constitucional surge em um contexto social de pós-supressão massiva de direitos e a nova carta política traz em

---

<sup>207</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de doutorado. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>> Acesso em 21.nov.2013.

seu bojo a determinação expressa de um Estado brasileiro comprometido com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos sociais.

A instituição da já mencionada Ação Popular – que permitiu, a partir da Constituição, o controle da moralidade do ato administrativo – e mais tarde da tutela coletiva do meio ambiente foram os marcos processuais desta nova maneira de encarar o processo.<sup>208</sup> Ainda assim, até o advento da Constituição e a complementação da Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor, já nos anos noventas, a Lei da Ação Civil Pública era letra que jazia dormente na técnica processual para a efetivação de direitos fundamentais sociais prestacionais.

A entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor é sem sombra de dúvida a legislação paradigmática que traz à luz a relevância tanto a tutela dos direitos coletivos quanto a tutela coletiva dos direitos. Isso porque institui um diálogo entre o sistema de proteção coletiva dos direitos que institui, com a já em vigor à época Lei da Ação Civil Pública, ao prever em seu artigo 90<sup>209</sup> a criação de um microssistema entre as duas legislações. Além disso, inovou ao possibilitar a proteção coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, coletivos por circunstância, visando a tutela mais efetiva e através de uma única demanda, de interesses individualizáveis.

Para o correto aprofundamento no tema propostos, é necessário que, primeiramente, se demonstre que os direitos sociais prestacionais, em muitas de suas acepções possíveis, se comportam como direitos coletivos. Como o sistema processual coletivo brasileiro não é uma originalidade nacional, escolheu-se, em um segundo momento, compará-lo com outro, bem desenvolvido e amplamente utilizado socialmente, que é o sistema das *class actions* estadunidense. A comparação se dá somente para demonstrar a força das demandas coletivas, responsáveis pela alteração significativa de alguns aspectos da sociedade norte-americana.

Após, a análise se deterá sobre os legitimados a provocar o Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, uma vez que o sistema brasileiro adota um rol taxativo de legitimados para as demandas coletivas. Neste tópico a ênfase será dada às associações civis, como forma de organização política não

---

<sup>208</sup> Lei 4.717/65 e Lei 7.347/85, respectivamente.

<sup>209</sup> “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

estatal, saudável para a sociedade na busca de seus direitos, especialmente os coletivos.

Por fim, será feita uma análise de como o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando estas questões, buscando permear a pesquisa teórica com a prática dos tribunais, transposição necessária para a completa compreensão do tema.

### 3.1 – OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*.

Tudo o que se afirmou até este ponto do trabalho a respeito da Constituição – que os direitos sociais foram uma opção constituinte, assim como a jurisdição constitucional, e que o Poder Judiciário tem um papel relevante na realização destes direitos enquanto direitos coletivos – torna-se ainda mais claro se analisado sob o prisma da legislação infraconstitucional. Visto a partir deste ponto, percebe-se que há uma rede legislativa que ampara os direitos coletivos, e, que mais recentemente está sendo apontada como apta à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Embora a ciência do processo coletivo esteja evoluída a ponto de desenvolver-se um projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos,<sup>210</sup> ainda pouco se fala sobre a aplicabilidade deste instrumento para a tutela dos direitos sociais, muito embora os direitos sociais se apresentem, em muitos de seus aspectos passíveis de proteção, como típicos direitos coletivos.

Na definição de Hugo Nigro MAZZILLI,<sup>211</sup> os direitos coletivos *lato sensu* – ou direitos transindividuais – correspondem a um meio passo entre o interesse público e o privado, vez que rompem com o clássico paradigma individualista sem chegar, contudo, ao extremo da seara comum a todos. Isso porque sua titularidade não é de um ou outro indivíduo considerados em si, mas sim de uma coletividade deles. Fredie

---

<sup>210</sup> Como ensina CANELA JÚNIOR: “Entretanto, o processo coletivo, conquanto tenha atingido elevada maturidade científica, a ponto de caminhar, no atual “estado da arte”, para um Código Brasileiro de Processos Coletivos, para uma teoria geral e para um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, não tem sido utilizado para dar vazão ao que deveria ser um dos seus principais objetivos: a efetivação dos direitos fundamentais sociais”. Op. cit. p. 124. Ver também: GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. As codificações das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. passim.

<sup>211</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JÚNIOR e Hermes ZANETI JÚNIOR se referem a tal espécie de direitos afirmando que

Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos).<sup>212</sup>

Tal classificação segue o que está exposto no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o emprego das ações coletivas para necessidade de efetivação ou proteção de três espécies de direito: difusos (inciso I), coletivos – *stricto sensu* – (inciso II) e individuais homogêneos (inciso III).

As ações coletivas, inobstante estarem também regulamentadas pelo diploma consumerista, serão manejáveis independentemente do fundo da demanda se referir a direito do consumidor. Tal conclusão decorre da própria determinação dos artigos 90<sup>213</sup> e 117<sup>214</sup> do Código de Defesa do Consumidor, que criaram um sistema de proteção – ou sistema integrado – dos direitos coletivos *lato sensu* ao relacionar o emprego do que lá se criou, desde que compatível, com aquele já previsto nas disposições da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).<sup>215</sup>

Parte da doutrina aponta como nota característica do gênero de direitos coletivos<sup>216</sup> a sua não patrimonialidade. Ou seja, enquanto os direitos de primeira e de segunda dimensão seriam caracterizados, de uma forma de ou de outra, por um cunho patrimonialista, essa noção não se faria presente, senão de modo indireto, nos

---

<sup>212</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2, 4. p. 73

<sup>213</sup> “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

<sup>214</sup> “Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: ‘Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

<sup>215</sup> No mesmo sentido, Nelson NERY JR. pontua: “os sistemas processuais do CDC e da LACP são interligados, sendo aplicável indistintamente um ao outro reciprocamente, conforme determinam os arts. 90 do CDC e 21 da LACP, este último introduzido pelo art. 117 do CDC. Há, por assim dizer, perfeita interação entre os dois sistemas, que se completam e podem ser aplicados às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP”. In: NERY JUNIOR, Nelson. **O processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. In: Revista de Processo, n. 61: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

<sup>216</sup> Por todos: LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

direitos difusos. Por exemplo, para os direitos de primeira dimensão, cuja palavra lógica é “liberdade”, apregoa Mafra LEAL que “*liberdade* era lida como *liberdade do e para ser proprietário*”.<sup>217</sup> No que tange aos direitos de segunda e terceira dimensão, esta característica, a princípio, não estaria presente.

Ainda no que tange aos direitos coletivos – referidos como difusos – apontam-se duas características principais, ambas, no entender desta corrente, despidas de caráter patrimonialista, quais sejam: “*qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social*”.<sup>218</sup>

No Brasil, diferentemente do que acontece hoje na União Europeia, onde as pessoas estão perdendo os direitos sociais adquiridos ao longo do tempo por conta da crise econômica, aqui existem pessoas que jamais gozaram direitos sociais. Portanto, a inclusão desta parcela significativa da sociedade para baixo da proteção estatal seria, ela própria, um direito fundamental.<sup>219</sup>

Já no que tange aos direitos sociais, importante a lição de Osvaldo CANELA JÚNIOR,

Os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial de todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o oferecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Logo, esses bens da vida devem ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares. Se o que se objetiva com os direitos fundamentais sociais é a igualdade substancial, não é possível que se conceba a existência de titulares exclusivos daqueles direitos, ou de determinados segmentos da sociedade que exclusivamente deles se beneficiam.<sup>220</sup>

Sendo assim, em diversas acepções, os direitos sociais prestacionais se mostram como verdadeiros direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> Ibidem, p. 102

<sup>218</sup> Ibidem, p. 103

<sup>219</sup> Por todos ver: LIMA, Jairo Néia. **Direito Fundamental à inclusão social**. Eficácia prestacional nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>220</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Op. cit. p. 144.

<sup>221</sup> Neste sentido, Daniel Hachen: “O debate, como se vê, gira em torno do enquadramento ou não dos direitos sociais na conceituação tradicional de direito subjetivo (ou de direito público subjetivo). Ocorre que os direitos fundamentais se configuram no atual Estado Constitucional de Direito como uma categoria jurídica autônoma, dotada de um regime jurídico especial, dadas as características peculiares que informam essa espécie de direitos. E um desses traços particulares é a sua estrutura normativa bidimensional. Além de conferirem posições subjetivas ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, que autoriza o titular individualizado a exigir determinadas condutas ativas e passivas do destinatário, os direitos fundamentais expendem deveres objetivos ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente de provocação do particular”. HACHEN, Daniel. A dupla titularidade (individual e

Por exemplo, o direito à moradia de uma determinada comunidade residente em área de risco, pode ser considerado um direito individual homogêneo. Por outro lado, o direito à melhoria das condições de uma escola pública da periferia, se constitui em um direito difuso, uma vez que beneficiará um sem número de estudantes e famílias do entorno. Já a busca de garantia dos direitos dos trabalhadores, como se dá no manejo das Ações Cíveis Públicas pelos sindicatos de categorias de trabalhadores, é um exemplo de direito social coletivo.

O que se evidencia pela leitura atenta da doutrina referente ao tema<sup>222</sup> é que é irrelevante para a efetiva tutela dos direitos a classificação rígida destes em categorias estanques. Além de a lei permitir expressamente que se travem demandas na busca de todas as modalidades de direitos coletivos, separar de forma estanque os direitos em “gavetas” específicas é uma maneira eficaz de barrar a sua tutela por conta de questões processuais ou procedimentais. Na dúvida, extingue-se o feito sem julgamento do mérito.

Contudo, tanto a inafastabilidade da prestação jurisdicional<sup>223</sup> que deve ser aplicada a qualquer tipo de direito: novos, velhos, garantidos, não efetivados... quanto a instrumentalidade do processo com suas derivações, como a fungibilidade dos instrumentos, é que deve prevalecer quando está em jogo a tutela dos direitos coletivos. Conclui Oswaldo CANELA JÚNIOR que

A ação coletiva, por conseguinte, em especial a ação civil pública, deve ser visualizada como mero instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, permitindo-se a maior fluência dos institutos e categorias jurídicas necessários à respectiva realização. Inverte-se, pois, o parâmetro interpretativo, de forma que os instrumentos processuais não poderão representar óbice à efetivação dos direitos fundamentais, mas parâmetro de discussão sobre a melhor forma de sua satisfação.<sup>224</sup>

Trata-se, portanto, de desmistificar o instrumento já colocado à disposição que possibilita e favorece a mobilização política dos grupos interessados na tutela dos direitos sociais porque deles privados ou mal empoderados.

transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 14, n. 14.2 p. 618-688. Jul/Dez 2013. p. 624.

<sup>222</sup> Por todos: GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo, Saraiva: 1995. GIDI, Antônio. p. 19-32. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo, RT: 2007. p. 67-139.

<sup>223</sup> Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>224</sup> CANELA JÚNIOR, Oswaldo. Op. cit. p. 130-131.

Todavia, há um sem número de demandas coletivas que não se desenvolvem por falta de conhecimento do próprio instrumento processual ou por má vontade de quem gerencia o processo, temendo uma repercussão de largo alcance, especialmente pelo reconhecimento do fracasso estatal na efetivação dos direitos sociais mais básicos. Nas palavras de Sérgio Cruz ARENHARDT:

É preciso também dominar a técnica processual. Vê-se ainda hoje, várias decisões judiciais que prestam verdadeiro desserviço à tutela coletiva, quer impondo restrições a ela inexistentes (na ordem jurídica), quer vedando as ações coletivas para certa finalidade – a exemplo de decisões que entendem que as ações “civis coletivas” somente se prestam para impor obrigação de ressarcimento – quer ainda transformando as ações coletivas em ações individuais em que se formaria um litisconsórcio ativo (como se fez com o art. 2º e seu parágrafo único, da Lei n. 9494/97). Em todas estas limitações se observa nítido conservadorismo e clara vinculação ‘a ótica individual do processo.’<sup>225</sup>

Criticando a atuação tímida do Poder Judiciário brasileiro ao enfrentar as demandas coletivas na efetivação dos direitos sociais, Daniel SARMENTO afirma que “o que me parece absolutamente equivocada é a adoção de dois pesos e duas medidas pelo Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, que tem primado pela generosidade nas ações individuais e pela parcimônia nas ações coletivas”.<sup>226</sup>

As demandas coletivas vêm, contudo, aos poucos, ganhado espaço no cenário processual brasileiro. Em que pese os obstáculos colocados tanto pela jurisprudência – conforme será analisado mais à frente – como por ataques legislativos ao sistema processual coletivo, sempre visando restringir a eficácia, o cabimento ou a utilização das ações coletivas, se tornou relativamente frequente pedidos judiciais que demandam a proteção de interesses que afetam a coletividade.

Ampliar o uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao poder público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Assim, as demandas coletivas assumem “o papel de instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional”.<sup>227</sup>

Servindo a esta relevante função, esta classe de ação passa a ser um verdadeira ferramenta para a realização de direitos fundamentais, convertendo-se ela mesma em direito fundamental. Como ensina J. J. Gomes CANOTILHO:

---

<sup>225</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas...**

<sup>226</sup> SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...**

<sup>227</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas...**

o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.<sup>228</sup>

Na prática parece inquestionável o poder que, em especial, as ações civis públicas têm para determinar mudanças substanciais de conduta daqueles figuram nos polos passivos deste tipo de demanda. É possível verificar na doutrina que analisa o direito comparado que, nos Estados Unidos, por exemplo, relata-se que o volume de ações coletivas provocou, em inúmeras empresas, a alteração de suas políticas financeira e de emprego, o que provocou notáveis efeitos positivos nas decisões sobre as políticas de produção.<sup>229</sup>

Parece mesmo natural que seja assim, uma vez que a discussão global do tema provoca uma reflexão mais aprofundada e a eventual condenação torna necessário um verdadeiro ajuste de condutas. Não é outro o entendimento de Sérgio Cruz ARENHART:

Deveras, no atuar o Direito em ações coletivas, o magistrado frequentemente é levado a não apenas “aplicar o direito ao fato” (como se isso fosse possível), mas a conceber, em realidade, uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social que merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado.

A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.<sup>230</sup>

Não se mostra plausível, portanto, que não se possa aplicar a teoria da tutela dos direitos coletivos – sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu*, ou individuais homogêneos, para a concretização dos direitos sociais “de papel”<sup>231</sup> conferidos ao povo brasileiro.

Quando se trata de interesses da coletividade, como questões atinentes à educação, saúde, moradia, lazer e outros tantos direitos sociais coletivos, o debate a

---

<sup>228</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição e déficit procedimental**. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 73.

<sup>229</sup> Conforme amplamente trabalhado por GIDI, Antônio. **A class action...** p. 25-66.

<sup>230</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas...**

<sup>231</sup> DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel**. Disponível em <[http://www.fecra.edu.br/admin/arquivos/O\\_Cidadao\\_de\\_Papel.pdf](http://www.fecra.edu.br/admin/arquivos/O_Cidadao_de_Papel.pdf)> Acesso em 21.nov.2013.

eventual condenação do Estado na realização de políticas públicas capazes de tutelar efetivamente estes direitos, concretizar o plano constitucional. E também poderá pela mesma via cancelar uma pretensa política pública que não atenda aos anseios de uma comunidade. Isso pode e deve ocorrer no âmbito de ações coletivas.

Destaca-se aqui o caso sul-africano conhecido como *Grootboom*. Na decisão, exarada por um Poder Judiciário proveniente de um país semelhante ao Brasil, tanto na questão da desigualdade, quanto da alegada ausência de recursos da administração para a efetivação dos direitos sociais, mediante uma demanda coletiva, o Poder Executivo foi condenado a instituir uma política pública capaz de realizar o direito à moradia digna de um grupo de cidadãos.<sup>232</sup> Ou seja, como defendido alhures, a Corte sul-africana decidiu pelo direito à política pública de curto e longo prazo para sanar a lesão ao direito à moradia.

A decisão repercutiu mundialmente, sendo considerada como um verdadeiro paradigma, especialmente para os países menos desenvolvidos socialmente, como é o caso do Brasil. Um exemplo a ser seguido de como o Poder Judiciário pode intervir sem ofensa à separação dos Poderes e sem deixar de considerar a ausência de previsão orçamentária naquele exercício.

O entendimento atual dos tribunais brasileiros não vem sendo muito diverso. Algumas decisões foram pinçadas para análise posterior nas quais é possível perceber um avanço do entendimento em relação ao controle judicial das políticas públicas. Antes, contudo, mostra-se adequado fazer um comparativo, sem a intenção de esgotar o tema, do sistema processual coletivo brasileiro e estadunidense.

Esta comparação se justifica na medida em que o sistema brasileiro foi evidentemente inspirado no sistema das *class actions* estadunidenses. E também porque no âmbito daquela sociedade, o emprego das ações coletivas tem o condão de pressionar de tal forma instituições públicas e privadas a alterarem seus padrões de comportamento, especialmente por conta dos efeitos da decisão. Estes efeitos são tanto de ordem econômica (vulto financeiro das demandas coletivas) quanto política – no sentido de obrigar instituições a cumprir determinado fim.

---

<sup>232</sup> Ver a respeito: SUSTEIN, Cass R. **Social and economic rights? Lessons from South Africa**. Disponível em: <[http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS\\_.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS_.pdf)> Acesso em 11.set.2013.

Analisando, ainda que de forma perfunctória, o sistema estadunidense de processo coletivo, as chamadas *class actions*, fica mais claro o que aqui se busca expor. Portanto, é o que se passa a fazer no tópico seguinte.

### 3.2 – O SISTEMA COLETIVO BRASILEIRO E AS *CLASS ACTIONS* ESTADUNIDENSES: UM ESTUDO COMPARADO

Pelo que foi trabalhado nos itens anteriores, é possível afirmar que as ações coletivas são, inegavelmente, instrumentos concebidos pelo legislador visando assegurar novos e também velhos direitos materiais. Novos no sentido daqueles direitos próprios de uma sociedade heterogênea e de massas e velhos no sentido de direitos que estão positivados, reconhecidos, mas que não são experimentados pelos seus beneficiários.

Criar um sistema de tutela de direitos coletivos no Brasil não foi uma ideia original, sendo que a experiência brasileira sofreu influência direta da tratativa dada às *class actions* dos Estados Unidos. A experiência estadunidense no emprego desta modalidade de demanda mostra ainda como as ações coletivas podem transformar a realidade. Isso porque a população em geral – no sentido de amplo acesso à justiça de forma coletiva – utiliza o instrumento processual para pressionar significativamente aqueles que estão lesando direitos coletivos no sentido de uma verdadeira mudança na sua conduta social.<sup>233</sup>

As diferenças de tratamento legislativo e judicial entre os sistemas de processo coletivo brasileiro e dos Estados Unidos, embora um tenha se inspirado no outro, são abissais. Portanto, a opção metodológica foi pela comparação dos requisitos para a propositura da demanda, as hipóteses de cabimento das ações coletivas, os efeitos da coisa julgada e a legitimidade para propô-las, sempre tendo em vista criticar – para aprimorar – o sistema brasileiro. A legitimidade, por ser a diferença que se mostra mais relevante entre os dois sistemas, será analisada em tópico à parte.

---

<sup>233</sup> Conforme apontado por GIDI, que se utiliza de exemplos de ajuste de conduta entre empresas e seus empregados e até mesmo do poder público, ressaltando que a pressão exercida é tão grande que, normalmente, quando o juiz aceita a *class action*, as partes entram em acordo. GIDI, Antônio. **A class action...** p. 25-39.

No caso brasileiro, quando se emprega a expressão “ação civil pública” nem sempre se está se referindo ao instituto previsto na Lei 7347/1985. Isso porque “a expressão ‘ação civil pública’, destarte, deve ela própria ser compreendida como verdadeira expressão idiomática porque acabou assumindo significado próprio, longe do significado de cada um dos elementos que a compõem”.<sup>234</sup> Contudo, o instrumento previsto na mencionada legislação pode e deve ser utilizado como paradigma de análise para as demais “ações civis públicas” previstas em outros diplomas legislativos.<sup>235</sup>

A diferenciação entre tais “ações” e também aquela prevista no Código de Defesa do Consumidor para a tutela dos direitos individuais homogêneos, da Ação Civil Pública prevista na lei 7.347/1985 se justifica tão somente por conta da análise procedimental, vez que seus caminhos processuais são diversos.

Assim, a “Ação Civil Pública”, isto é, o procedimento regulado pela Lei n. 7.347/1985 volta-se à tutela dos direitos difusos e coletivos, enquanto os artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor é que prevêm o procedimento para a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos,<sup>236</sup> sendo que há, como dito, outras “ações civis públicas” com alguma diferença procedimental previstas em legislação esparsa.

Contudo, a análise e diferenciação procedimental das demandas não serão feitas nesta oportunidade. Se isso fosse feito no presente trabalho, perder-se-ia o foco: defender o emprego do processo coletivo para efetivar direitos sociais prestacionais. Assim, não se mostra crucial saber com minúcias qual o procedimento previsto em lei para cada uma das ações coletivas existentes – essa tarefa ficará para os manuais. Cumpre, por ora, destacar os elementos comuns que unem tais procedimentos sob a égide do mesmo sistema processual.

---

<sup>234</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso...** p. 205

<sup>235</sup> Por exemplo: Lei 7.853/1989 (pessoas portadoras de deficiência), Lei 7.913/1989 (danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), Lei 8.069/1990 (Estatuto da criança e do adolescente), Lei 9.974/1995 (estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado, visando à proteção da vida e da saúde do homem, dos animais, das plantas, bem como do meio ambiente), Lei 10.741/2003 (Estatuto do idoso) e Lei 10.671/2003 (Estatuto de defesa do torcedor), cujo artigo 40 se remete expressamente ao Título III do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>236</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso...** p. 205-206.

Portanto, utilizar-se-á o termo “ação coletiva” como termo genérico para designar o instrumento pelo qual os interessados acessam o Poder Judiciário para a tutela dos interesses de grupos.

Analisado o sistema normativo e de precedentes que dispõe sobre procedimento das *class actions* nos Estados Unidos é possível identificar que o termo se subdivide em outros, de acordo com o provimento judicial a ser buscado e até mesmo de acordo com o valor do benefício econômico individual de cada atingido pelos efeitos da decisão coletiva.<sup>237</sup> Todavia, a previsão procedimental é genérica, simples e aberta, o que favorece a adaptação ao caso.

Da mesma forma, a legislação americana simplifica a hipótese de cabimento das ações coletivas, desde que haja um direito de um grupo, determinável ou não, que tenha origem comum. Como explica Antônio GIDI:

Essa simplicidade é reveladora e nos faz duvidar da necessidade e da conveniência de se criarem outras “hipóteses de cabimento” artificiais. Se a questão objeto do processo é comum a um grupo a ponto de permitir o julgamento uniforme da controvérsia e envolve um grupo suficientemente numeroso em face das circunstâncias, a demonstrar a necessidade ou conveniência da tutela coletiva, não há porque negar a sua solução coletiva apenas porque a situação fática não se subsume em alguma categoria abstrata imposta pelo legislador.<sup>238</sup>

No sistema processual coletivo brasileiro,<sup>239</sup> pela análise conjunta dos diplomas legais que o preveem, a ideia é inversa, ou seja, o legislador optou por

---

<sup>237</sup> GIDI, Antônio. **A class action...** p. 69.

<sup>238</sup> *Idem*.

<sup>239</sup> Entende-se que há uma interdependência entre legislações, até porque com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a ideia foi a da criação de um sistema processual coletivo formado pelo entendimento necessariamente conjunto dos dois diplomas legais. Como ensina Cássio Scarpinella BUENO: “esta correlação entre aqueles dois diplomas legislativos é irrecusável para uma adequada interpretação e aplicação daqueles veículos processuais que se complementam na busca de uma tutela jurisdicional coletiva adequada às mais variadas situações de direito material”. In: BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso...** p. 207. No mesmo sentido, MARINONI: “A ação coletiva para a tutela de direitos difusos e coletivos é basicamente regida pelo conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, não se trata de uma única ação, mas sim de um conjunto aberto de ações, de que se pode lançar mão sempre que se apresentem adequadas para a tutela desses direitos. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, não se pode dizer, realmente, que exista *uma* ação coletiva. Existe, isto sim, uma categoria de ações, que recebem o rótulo de “ação coletiva”, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 748.

definir os direitos coletivos *lato sensu* em três categorias apartadas:<sup>240</sup> direitos difusos, direito coletivos e direitos individuais homogêneos.

Comparar os sistemas de direito coletivo tem por finalidade tornar nítida a necessidade da compreensão de que a legislação brasileira está colocada de forma a garantir o acesso coletivo à justiça e assim deve ser interpretada. Ou seja, independentemente do nome dado e da categoria que se tenta enquadrar o direito material coletivo em questão, há de se encontrar um meio adequado para sua tutela e o inverso não pode mais ocorrer.<sup>241</sup>

Segundo a leitura do artigo 1º. da Lei n. 7.347/85, o instrumento previsto na lei visa proteger a coletividade, responsabilizando o infrator por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A cláusula genérica trazida no inciso IV do artigo 1º. da lei (qualquer interesse difuso ou coletivo) não foi revogado pelas sucessivas leis e pela Medida Provisória responsáveis pela alteração da redação e da ordem do artigo no decorrer dos anos.

O parágrafo único do artigo 1º. da Lei da Ação Civil Pública, acrescentado pela Medida Provisória acima referida, que se mantém vigente por força do artigo 2º. da Emenda Constitucional n. 32/2001, dispõe expressamente que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições

---

<sup>240</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>241</sup> “Portanto, que a experiência do direito comparado e, de grande relevo, a nossa própria experiência jurídica nestes anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor possam criar condições de maior certeza e segurança para a aplicação destes diplomas legais. Imperioso, portanto, o desenvolvimento de critérios de legitimação e de situações legitimantes que possam ser cada vez mais objetivamente verificados e objetivamente considerados, sob pena de serem traídas as premissas do acesso coletivo à justiça”. BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**: pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>> Acesso em 21.nov.2012.

previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente identificados”,<sup>242</sup> embora, paradoxalmente, o Estado seja réu na maioria dos processos em trâmite no Brasil.<sup>243</sup>

Do ponto de vista do pedido, de acordo com o artigo 3º. e 11 da Lei 7.347/1985, “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, dispondo ainda que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Nestes pontos, é interessante notar que a normativa estadunidense que trata dos requisitos para o manejo da *class action*, previstos na *Rule 26*, se resumem a: i) o grupo deve ser numeroso a ponto de ser impossível ou não adequado o litisconsórcio de todos os seus membros; ii) devem haver questões de fato e de direito comuns aos membros do grupo; iii) os pedidos e defesas do grupo devem ser típicos dos pedidos e defesas do membro do grupo; iv) os interesses do grupo devem ser adequadamente representados em juízo.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> A doutrina processualista evidencia a inconstitucionalidade do referido dispositivo: “O dispositivo e a restrição dele decorrente são flagrantemente inconstitucionais. Não só porque foi criado por medida provisória editada sem qualquer relevância e urgência, ao arrepio, destarte, dos pressupostos autorizadores daquela espécie legislativa pelo art. 62 da Constituição Federal, mas também porque aqueles bens materiais ficaram, sem qualquer justificativa legítima, carentes de tutela jurisdicional coletiva.

(...)

Assim, do ponto de vista substancial, o dispositivo deve ser considerado inconstitucional, sendo passíveis de proteção jurisdicional pela ação civil pública “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Se, no caso concreto, o legitimado deixar de mostrar-se um “representante adequado, que, por este motivo, o processo seja julgado extinto (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Não, contudo, em abstrato criando um verdadeiro caso de “*impossibilidade* jurídica do pedido” na contramão do acesso *coletivo* à justiça. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso...** p. 226-227.

<sup>243</sup> Segundo dados do CNJ de 2012, no levantamento feito por grupo de atuação, o setor público federal aparece como litigante em 12,14% dos processos, seguido por bancos (10,88%), municípios (6,88%), estados (3,75%) e empresas de telefonia (1,84%). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/2011-08-10-19-36-05>>.

<sup>244</sup> GIDI, Antônio. **A class action...** p. 67. Mais adiante na mesma obra, o autor prossegue, criticando o sistema brasileiro: “Essa crítica também pode ser feita ao direito brasileiro, que criou com maestria intelectual, mas talvez inutilmente, as figuras jurídicas dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É inegável que a criação de tais figuras teóricas dá uma certa aparência de legitimidade ao instituto para o jurista do *civil law*, habituado a operar o direito através de instrumentos conceptuais, como “direito subjetivo” ou o “interesse legítimo”. Nesse ponto, o legislador não poderia ter sido mais preciso. Todavia, fazendo minha a crítica de Zechariah Chafee Jr., se no

A impraticabilidade do litisconsórcio guarda relação tanto com o número significativo de pessoas atingidas pela lesão a direito,<sup>245</sup> quanto com outros aspectos próprios da natureza do direito a ser posto sob tutela, como no caso de grupos menores, entre 20 e 40 membros, porém formados por “pessoas hipossuficientes, como crianças, portadoras de deficiência física, mentais, intelectuais, culturais ou financeiras”.<sup>246</sup> O representante não tem o ônus de demonstrar o número exato de integrantes do grupo, bastando que apresente uma estimativa e convença o juízo sobre a impraticabilidade do litisconsórcio que justifique a ação coletiva.

No que diz respeito às questões comuns de fato e de direito, é intuitivo, como diz GIDI que, “se não houver questões comuns, de fato e de direito, a tutela coletiva será simplesmente impossível”.<sup>247</sup>

Destaca-se a possibilidade de que a questão comum seja apresentada na defesa do réu. Assim, “ainda que cada membro do grupo alegue fatos e causas de pedir diferentes, o juiz, se julgar conveniente, poderá certificar uma ação coletiva parcial (*issue class action*), cujo objeto seja apenas a validade da defesa do réu, se esta puder ser alegada de maneira uniforme nas ações individuais”<sup>248</sup>.

O terceiro requisito, o da tipicidade do representante, mostra-se como uma facilitação do acesso coletivo à justiça, porém passível de amplo controle judicial. Como o cidadão comum, sendo membro típico do grupo, possui legitimidade para pleitear direitos coletivos, cumpre ao juiz confirmar, no caso, que realmente é assim na prática. Sobre este ponto, assim explica GIDI:

O terceiro requisito exigido pela *Rule 23* para o cabimento de uma ação coletiva é que os pedidos ou as defesas do representante do grupo sejam típicos dos pedidos e das defesas dos membros do grupo (*typically of claims or defenses*). De forma simples: além de comprovar a existência de uma questão comum entre os membros do grupo, é necessário que o representante tenha os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo ilícito que os demais, sendo ele próprio um dos membros deste grupo. Em outras palavras, a pretensão

---

futuro, em face da evolução das relações sociais, aparecer uma quarta situação onde a tutela coletiva seja desejável, não haverá qualquer dispositivo legal que a autorize”. *Ibidem*, p. 69

<sup>245</sup> E aqui, nestes casos, a *class action* se justifica por questões de economia processual, que não se trata de mera retórica no processo estadunidense.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 75

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 80

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 83-84. E continua o autor: “Se a ação coletiva for julgada improcedente (i.e. se a defesa for considerada válida), os membros do grupo estarão impedidos de acionar o réu. Se a ação coletiva for julgada improcedente, a questão ficará preclusa e o réu não poderá fazer uso desta defesa nas ações individuais propostas pelos membros do grupo”. p. 84

do representante deve originar-se do mesmo evento, prática ou conduta que deu origem à pretensão dos demais membros do grupo a ser baseada no mesmo fundamento jurídico.<sup>249</sup>

Portanto, o representante do grupo deve ser um representante típico, não podendo haver divergência entre seus interesses e os interesses do grupo. Neste ponto, percebe-se que os requisitos da *class actions* se sobrepõem uns aos outros. Isso porque a ausência de antagonismo entre os interesses do grupo e de seu representante em juízo também é relevante para o reconhecimento da existência do quarto e último requisito: o da representação adequada.

Embora as evidências da existência dos dois requisitos se confundam em alguma medida, o mesmo não se dá em relação ao requisito em si. A representação adequada se trata da possibilidade de verificação no processo, se o representante do grupo é competente – em vários aspectos, inclusive do advogado escolhido para a representação – para bem representar o grupo em juízo. A análise conjunta destes dois últimos requisitos da *class action* será retomada no tópico seguinte, quando da crítica à legitimidade conferida a determinados atores pré-definidos em lei no sistema brasileiro.

Em relação aos demais requisitos, a tratativa estadunidense dada às ações coletivas em comparação com a brasileira, demonstra um aparente receio dos legisladores (e do poder público em geral) em ampliar as hipóteses de cabimento das ações coletivas, e o contrário se verifica no sistema estadunidense. Talvez por isso, os tribunais nacionais relutam em enfrentar o mérito das ações coletivas, apegando-se a critérios formais, que geram a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Outro ponto importante a ser comparado é o alcance da coisa julgada nas ações coletivas no Brasil e nos Estados Unidos. Para se cogitar de tal alcance da coisa julgada, se torna necessário, em princípio, entender o que se concebe por coisa julgada. O tema já foi exaustivamente enfrentado pela doutrina, pelo que se destacam os seguintes autores:

Com efeito, verifica-se não ser unânime a doutrina no que concerne à definição de coisa julgada, decorrendo tal cizânia da própria mística que gravita em torno da fixação de sua exata natureza, havendo aqueles que a concebem como um efeito da decisão (SILVA, 2003, p. 81), outros que a apontam como uma qualidade atribuída aos efeitos da decisão

---

<sup>249</sup> Ibidem, p. 88.

(DINAMARCO, 2003, p. 303) e, finalmente, quem a enxergue como uma qualidade do conteúdo da decisão (MOREIRA, 1984, p. 109).<sup>250</sup>

Ou seja, a possibilidade real de que a decisão se torne definitiva e possa ser terminantemente executada – garantindo, em última análise, a eficácia das decisões judiciais, é um dos princípios ou garantias basilares de qualquer Estado que pretenda ser de Direito, mas ainda é um desafio quando se trata de ações coletivas.

Passando-se ao tema da coisa julgada em ações coletivas, a grande dificuldade que se coloca para o processo civil de tendência individualista é a compreensão e digestão da ideia de que o comando da sentença, que será acobertado pela imutabilidade de seu conteúdo, possa atingir e beneficiar (ou não) aquele que não “participou” do processo coletivo. Isso sem que seja ferida a cláusula constitucional do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Por isso, a doutrina que se debruça sobre o processo coletivo busca suas fundamentações em paradigmas próprios, diferentes daqueles do processo individual, chegando-se a falar em devido processo coletivo, para diferenciar seus institutos daqueles que regem o processo individual.

Conforme regra contida no artigo 472 do Código de Processo Civil<sup>251</sup>, que traça os limites subjetivos da coisa julgada, a sentença apenas fará coisa julgada relativamente às partes para as quais foi dada, sendo vedado que beneficie ou prejudique estranhos à lide, a não ser pelos assim chamados efeitos naturais da sentença.

Os efeitos da coisa julgada para ações coletivas brasileiras são disciplinados, por sua vez, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública. Sendo a ação coletiva destinada à defesa de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes*, salvo se o pedido houver sido rejeitado por insuficiência de provas, caso em que idêntica ação poderá ser proposta com fundamento em novas provas<sup>252</sup>, vale dizer, provas substancialmente novas.

---

<sup>250</sup> TOLOMEI, Fernando Soares; SOUZA, Gelson Amaro de. **Eficácia preclusiva da coisa julgada à luz da garantia de inafastabilidade da jurisdição.** In: Anais do XI Seminário de Iniciação Científica do Centro Universitário Eurípedes de Marília. p. 279-293. Marília, 2010. p. 280.

<sup>251</sup> “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”.

<sup>252</sup> Artigo 16 da Lei 7.347/85: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos

Sendo, contudo, ação voltada para a tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *secundum eventum litis*, ou seja, se o provimento jurisdicional for favorável à parte autora, a coisa julgada se estenderá a todos os demais membros da categoria. Por outro lado, quando a pretensão for negada pelo Poder Judiciário, subsistirá para cada um dos titulares do direito individual a possibilidade de litigar individualmente para a defesa de seus direitos.

Ada Pellegrini GRINOVER destaca que “o legislador brasileiro serviu-se de técnicas que privilegiam os membros da classe, defendendo-os, no fundo, contra o perigo da inadequação da representação”.<sup>253</sup>

Há, contudo, uma outra restrição de ordem territorial, criada por alteração legislativa,<sup>254</sup> que restringiu a eficácia da decisão à competência do órgão jurisdicional que a proferiu.

Tal restrição sofre inúmeras críticas da doutrina especializada, pois há evidente confusão entre competência do órgão jurisdicional, restrita por questões de organização judiciária e os efeitos da prestação jurisdicional.

Rodolfo de Camargo MANCUSO trata do tema dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas a partir da indivisibilidade do próprio direito. Nas palavras do autor:

Com efeito, a questão de saber *quais as pessoas* atingidas pela *imutabilidade* do comando judicial deve ser tratada, naturalmente, sob a rubrica dos *limites subjetivos* desse instituto processual dito “coisa julgada”, e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. Aqueles limites, quando se trata das lides intersubjetivas, no plano da jurisdição *singular*, ficam contingenciados às partes, “não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (CPC, art. 472), mas no âmbito das ações de tipo coletivo – justamente porque aí se lobrigam *sujeitos indeterminados*, concernentes a um *objeto indivisível* – o critério deve ser outro, cabendo atentar para a *projeção social* do interesse metaindividual judicializado. Tudo assim conflui para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz *competente*, deva ter eficácia até onde se irradie o interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes. Assim se dá por conta do caráter *unitário* desse tipo de interesse, a exigir *uniformidade* do pronunciamento judicial.<sup>255</sup>

---

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”.

<sup>253</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada.** In: Revista Forense, volume 361: Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8

<sup>254</sup> Lei 9.494/97, que alterou a redação do citado artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.

<sup>255</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública.** Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 298.

Do exposto, é de se concluir que o fato de a coisa julgada ser operada *erga omnes* em sentença que decida sobre direitos coletivos propriamente ditos (os difusos e coletivos *stricto sensu*) – e aqui se poderia imaginar uma infinidade de direitos sociais tidos como coletivos – deriva da natureza do próprio direito material posto em juízo.

Que a decisão atinja mais de uma pessoa ou um número indeterminado de pessoas – ainda que fora, a princípio, da competência do órgão jurisdicional prolator – é algo a ser tratado com naturalidade em se tratando de direitos coletivos, posto que seus titulares sejam, parafraseando Antônio GIDI,<sup>256</sup> um ente “amorfo, fluido e inflexível”.

Já no que se refere aos direitos substancialmente individuais, mas coletivamente tutelados – coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos –, a coisa julgada, para que atinja quem não foi “parte” no processo, depende de assim estar regulamentada por lei, pouco importando a rotulação legal que se dê a tais direitos<sup>257</sup>.

Parece, portanto, perfeitamente válida a disciplina trazida pelo Código de Defesa do Consumidor no que tange à coisa julgada nas ações coletivas. Assim, o Direito privilegia a classe que se faz representar em juízo, já que, em havendo falha na medida – o que pode piorar diante da falta de norma expressa que confira tal poder de reconhecimento ao próprio juiz – poderiam, ainda, os membros da classe deduzirem suas pretensões individualmente, segundo os preceitos clássicos do processo civil. Isso, porém, inutiliza todos os esforços anteriormente empreendidos na demanda coletiva.

O sistema dos EUA, por prever e aplicar um sistema de amplo controle judicial da tipicidade do representante, bem como da representação adequada, além de prever a necessidade – nos casos em que é viável – a notificação dos membros do grupo sobre a ação coletiva, bem como assegurar a possibilidade do *opt out* e *opt in*,<sup>258</sup> não traz a previsão da coisa julgada *secundum eventus litis*, sendo que a

---

<sup>256</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada...** p. 26.

<sup>257</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 196.

<sup>258</sup> GIDI, Antônio. **A class action...** p. 99-129.

resposta judicial, positiva ou negativa, da ação coletiva atingirá os membros do grupo que não participaram propriamente da demanda.<sup>259</sup>

Um olhar desatento a respeito desta sistemática poderia pressupor que tal violaria o princípio do *one day in court*, que garante a cada cidadão americano o direito de ser ouvido na Corte a respeito do seu direito. Mais ou menos, em grosseira comparação, como a vedação dos efeitos da sentença a quem não participou do processo prevista no Código de Processo Civil brasileiro. Contudo, é no controle da tipicidade e da representação adequada que o juiz norte-americano verifica que o direito do grupo será devidamente debatido e tutelado em juízo, garantindo o *one day in court* de maneira coletiva. Ou seja, o “dia na corte” se refere ao debate e adequada defesa do direito coletivo e não ao seu titular considerado individualmente.

Conclui-se da breve e superficial análise comparada que, inobstante as diferenças existentes entre os sistemas processual e judiciário brasileiro e estadunidense que a maior lição a ser aprendida é a forma de colocar efetivamente o processo coletivo a serviço da defesa dos interesses dos grupos, desmistificando as ações coletivas.

A minúcia legislativa, especialmente no que tange à classificação dos direitos coletivos *lato sensu*, a diferenciação no tratamento da tutela dos direitos, bem como às hipóteses de cabimento das ações coletivas deve ser levada em conta na medida em que favoreçam o acesso coletivo à justiça, e nisso a experiência dos Estados Unidos tem muito a ensinar.

Superar os dogmas do processo individual é de fundamental importância para o manejo das ações coletivas no controle das políticas públicas capazes de efetivar os direitos sociais prestacionais. Tudo porque, desde que se comportem como direitos coletivos – derivados de uma situação de fato ou de direito comuns – o Poder Judiciário deve adaptar a forma de tutela, ainda que se afaste dos conceitos legais previamente determinados.

O mesmo se pode dizer em relação aos legitimados previstos na lei brasileira para acessar o Poder Judiciário coletivamente. Aparentemente levado por questões de ordem individualista, a legislação conferiu à sociedade civil organizada a possibilidade de ingressar com ações coletivas, desde que esta se apresente, ela mesma, na forma coletiva – as associações.

---

<sup>259</sup> Idem.

Embora esta previsão traga consigo alguns benefícios, o sistema estadunidense parece garantir maior acesso à tutela dos direitos coletivos, ao garantir ao indivíduo que se autodenomine um típico membro do grupo e um representante adequado possa transformar sua demanda individual em coletiva. Ou seja, sem a exigência de prévia organização em formato de associações.

Ainda que a lei brasileira preveja a possibilidade de que, no caso concreto, o juiz possa afastar o requisito da formação prévia há mais de um ano para que as associações possam figurar como autoras das ações coletivas<sup>260</sup>, o acesso ainda é limitado pela necessidade de anterior organização civil, o que pode dificultar o acesso coletivo à justiça.

Ademais, não há qualquer previsão de que entes públicos – como o são a maioria esmagadora dos legitimados brasileiros – possam agir em defesa de direitos coletivos nos Estados Unidos.

Portanto, se mostra relevante fazer uma análise um pouco mais detalhada sobre os legitimados previstos no ordenamento brasileiro. Na abordagem, deu-se ênfase às associações civis, uma vez que são atores sociais necessários, ao menos enquanto o atual sistema legal estiver em vigor. E o surgimento destes atores sociais guarda certa relevância quando analisado sob a óptica da mobilização dos grupos para a tutela de seus interesses específicos.

### 3.3 – LEGITIMADOS A PROVOCAR O JUDICIÁRIO EM DEMANDAS APTAS A EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DAS ASSOCIAÇÕES COMO FORMA DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA E SOCIAL

No processo civil clássico, há sempre que se perquirir, quando se analisa a formação do polo ativo de uma demanda, a respeito do binômio

---

<sup>260</sup> “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

interesse/legitimidade, para saber quem, dentre os interessados, pode propor uma determinada demanda.<sup>261</sup> O problema se dá justamente na transladação destes conceitos para o processo coletivo, o que não pode se dar de maneira integral, ante a própria natureza indivisível do objeto do litígio.

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHARDT, ao tratarem da questão da legitimidade para as ações coletivas em face do processo civil clássico, enfrentam o problema da seguinte forma:

Não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em 'direito alheio' raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da ideia de que somente há direitos individuais. A noção e direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária.<sup>262</sup>

Visando, aparentemente, afastar esta celeuma – a da legitimidade processual no processo coletivo – o direito pátrio optou por, taxativamente, elencar os legitimados a provocar o Poder Judiciário nas demandas coletivas, diferentemente do que faz a lei americana que exige a tipicidade do representante e a representação adequada, sem, contudo, elencar previamente os legitimados.<sup>263</sup>

De acordo com a legislação brasileira vigente, a Ação Civil Pública poderá ser proposta pelo Ministério Público,<sup>264</sup> pela Defensoria Pública, pela União, pelos

---

<sup>261</sup> MANCUSO, Roberto de Camargo. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural dos consumidores. 10. ed, São Paulo: RT, 2007. p. 103.

<sup>262</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001. p. 758.

<sup>263</sup> Criticando, de certa forma, o sistema norte-americano, assim se posiciona GIDI: "Da mesma forma que a legitimidade de entes públicos não é prevista pela lei americana, também não há previsão expressa autorizando a propositura de ação coletiva por associações civis (*organizational plaintiff, whether incorporated or not*). A interpretação equivocada de que o representante precisa ser um membro do grupo que pretende representar conduziu a inúmeras decisões errôneas, que negaram a legitimidade de associação para representar os seus membros em uma *class action*, sob o argumento de que ela não poderia ser um membro de si mesma". In. GIDI, Antônio. **A class action...** p. 126.

<sup>264</sup> Em relação à titularidade do Ministério Público para a propositura das demandas coletivas, embora não seja o foco do trabalho, importante trazer à baila a lição de Rogério Bastos ARANTES, no seguinte sentido: "A Constituição de 1988 representa um marco jurídico e político desse processo. Ela consolidou em norma fundamental mudanças legislativas anteriores, na área dos direitos difusos

Estados e pelos Municípios, por autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas, pré-constituídas há pelo menos um ano.

A previsão de um sistema entre a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor aponta no sentido de que os demais legitimados elencados na lei podem provocar o Poder Judiciário, sendo que as demandas coletivas, as ações civis públicas, por assim dizer, não são mais restritas ao Ministério Público. Nas palavras do prof. Cássio Scarpinella BUENO:

É importante evidenciar que a cláusula genérica, que garante a pertinência da “ação civil pública” para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, que ocupa o inciso IV do dispositivo, tal qual determinou o art. 110 do Código de Defesa do Consumidor, não foi revogada pelas sucessivas leis e pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 que alteraram, ao longo dos anos, a redação e a ordem dos incisos do art. 1º da Lei 7.347/1985. Assim, sem prejuízo de a tutela jurisdicional daqueles interesses e direitos ser assegurada como uma das funções institucionais do Ministério Público, desde o art. 129,III, da Constituição Federal, é correto entender que também os demais legitimados podem persegui-los em juízo, conduzindo suas próprias ações civis públicas.<sup>265</sup>

---

e coletivos, além de fornecer as bases para a ampliação da codificação de novos direitos transindividuais. Ela também arremessou as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento. Foi além nesse sentido quando retirou o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da tarefa de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade

Embora, no debate jurídico, seja comum identificar a Constituição de 1988 como marco inicial da mudança do papel institucional do MP e da normatização dos direitos difusos e coletivos, uma análise de textos legais anteriores é capaz de demonstrar que a nova Constituição apenas consolidou em norma fundamental o que já vinha sendo instituído, através de leis ordinárias e complementares, nas esferas federal e estadual.

Nesse sentido, a Lei nº 6938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, pode ser considerada o marco jurídico inicial da normatização de interesses difusos e coletivos no Brasil e também da inclusão de novos instrumentos processuais, em especial a legitimidade do MP para proposição de *ação de responsabilidade civil e criminal* por danos causados ao meio ambiente (art. 14, §1º). Pouco tempo depois, a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que deu nova organização nacional ao Ministério Público, definiu como uma de suas funções institucionais “promover a ação civil pública, nos termos da lei” (art. 3, III). Em concordância com a Lei Orgânica Nacional, a Lei Orgânica do MP do Estado de São Paulo, no ano seguinte, também fez referência à ação civil pública como um de seus instrumentos de atuação. Até então, entretanto, não havia regulamentação legislativa específica para esse novo instrumento processual. Somente em 1985, quatro anos após sua primeira aparição em textos legais, é que uma lei específica veio regulamentar com precisão esse novo tipo de ação — que aqueles textos apenas tangenciaram —, definindo seu objeto, o foro competente, a legitimação para utilizá-la, as atribuições do Ministério Público etc”. In: ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Rev. Bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 14, n. 39, Fev. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci_arttext)> Acesso em 21.nov.2013.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 226.

Salienta-se que, no que tange à atuação do Ministério Público, a Lei Nacional Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) ampliou o cabimento da ação civil pública, por força do seu artigo 25, IV, “b”, segundo o qual aquele poderá utilizar-se do instrumento “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”. O artigo 6º. do mesmo diploma legal, prevê ainda o cabimento da ação civil pública pelo Ministério Público para a “proteção dos direitos constitucionais”.

As associações civis e os sindicatos de representatividade nacional aparecem da mesma forma como legitimados a manejar as ações de controle concentrado de constitucionalidade – de inegáveis efeitos coletivos, ao lado do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O rol taxativo, em especial no que tange às ações coletivas, é alvo de crítica por parte da doutrina, especialmente a que compara o direito coletivo brasileiro com as chamadas *class actions* americanas.<sup>266</sup> Isso porque, nas *class actions*, qualquer pessoa, desde que considerada um membro típico do grupo afetado pela violação do direito coletivo, pode figurar como autor da ação coletiva.

Tal proporciona, segundo esta doutrina, uma maior democratização do acesso coletivo à justiça, não impondo a existência prévia organização do grupo interessado para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.<sup>267</sup>

No que se refere à possibilidade de que o juiz brasileiro controle a adequada representação da associação autora, há posicionamento na doutrina<sup>268</sup> que entende

---

<sup>266</sup> GIDI, Antônio. **A class action...** passim.

<sup>267</sup> Tratando do sistema brasileiro, Hugo Nigro MAZZILLI aponta quais as possibilidades do indivíduo brasileiro participar de uma demanda coletiva: “Em se tratando de defesa de interesses individuais homogêneos ou interesses coletivos, o lesado, individualmente considerado, não poderá ser autor de pedido coletivo: só poderá, por legitimação ordinária, pedir a defesa de seu próprio interesse em ação individual, quer nesta compareça sozinho ou em litisconsórcio com outros lesados individuais. Mas, em ação civil pública ou coletiva já regularmente ajuizada por um dos co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC, o indivíduo que compartilhe lesão individual homogênea ou coletiva somente pode habilitar-se como assistente litisconsorcial, desde que, tendo processo individual em andamento, a tempo tenha requerido a suspensão”. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 301

<sup>268</sup> Por todos ver: NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil comentado**.

que, por conta da taxatividade dos legitimados, bem como da previsão da coisa julgada *secundum eventus litis*, o juiz, estaria impedido, proibido mesmo, de exercer tal controle. Para esta corrente, basta que o ente seja um dos elencados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor para que seja considerado adequado.

É diferente, porém, o entendimento de Antônio GIDI, para quem o juiz estaria até mesmo obrigado a verificar a adequação da representação, pois, se a demanda coletiva for julgada improcedente, mas não por insuficiência de provas, nova demanda coletiva não poderá ser interposta.

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente *pode* como *deve* avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma demanda poderá ser reproposta por qualquer legitimado.<sup>269</sup>

Conforme mencionado, à parte tal discussão. de acordo com a legislação vigente, as ações coletivas poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados e pelos Municípios, por autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas, pré-constituídas há pelo menos um ano.<sup>270</sup>

Diga-se: a importância do aparecimento da legitimação das associações civis ao lado dos entes públicos, embora já pareça antiquada, foi a retirada, ainda que tímida e passível de críticas, dos organismos estatais do exclusivo manejo desta modalidade de demanda no Brasil. A fórmula em que o Estado é o responsável por averiguar as demandas sociais e interpor medidas (Ministério Público), perante o mesmo Estado que julgará a demanda (Poder Judiciário) visando, no mais das vezes, a condenação do Estado à realização de uma determinada política pública, não parece adequada, especialmente sob a óptica da emancipação social.

Não se mostra conveniente que o Estado seja responsável pela total efetivação dos direitos, em especial os sociais. Não se pode afastar o cidadão

p. 1137 e 1396 (1997) e ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza, ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. **Código do Consumidor comentado**, p. 381-382 (1995).

<sup>269</sup> GIDI, Antônio. **A class action...** p. 134.

<sup>270</sup> Da mesma forma, as associações civis e os sindicatos de representatividade nacional aparecem como legitimados a manejar as ações de controle de constitucionalidade concentrado. Sobre o tema se voltará mais tarde.

interessado, considerado individualmente ou em grupo da construção e defesa dos próprios direitos. Exatamente como ressalta Joaquim Herrera FLORES:

Não podemos entender os direitos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a emancipação humana, apesar das correntes que amarram a humanidade na maior parte do nosso planeta. Os direitos humanos não são conquistados apenas por meio das normas jurídicas que propiciam seu reconhecimento, mas também, e de modo muito especial, por meio das práticas sociais de ONGs, de Associações, de Movimentos Sociais, de Sindicatos, de Partidos Políticos, de Iniciativas Cidadãs e de reivindicação de grupos minoritários (indígenas) ou não (mulheres) que de um modo ou outro restaram tradicionalmente marginalizados do processo de positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas.<sup>271</sup>

A ideia de que a liberdade individual só pode ser fruto do trabalho coletivo é amplamente trabalhado pelo filósofo Zygmunt BAUMAN.<sup>272</sup> O autor, através da exposição de seus pensamentos e teorias pretende demonstrar a necessidade da passagem da sociedade heterônoma para a sociedade autônoma. A sociedade autônoma, ciente de seus direitos e da responsabilidade estatal por seus destinos, é formada por indivíduos autônomos que participam ativamente da formação das normas a que se submete.

O indivíduo autônomo, por sua vez, se sente parte da construção da realidade social. E para que isso realmente aconteça faz-se necessária uma retomada dos espaços públicos, dos meios de ação e, portanto, da política.

Zygmunt BAUMAN sustenta que a tendência totalitária visa à total aniquilação da esfera privada, do reino da autoconstituição e autodeterminação individuais. Em suma, à irreversível dissolução do privado no público. Nas palavras do autor, “o objetivo não é tanto impedir os indivíduos de pensar – uma vez que isso seria impossível mesmo pelo mais fanático dos padrões – mas tornar o seu pensamento impotente, irrelevante e sem influência para o sucesso ou fracasso do poder”.<sup>273</sup>

O referido autor aponta um caminho: “a chance para mudar isso depende da *ágora* - esse espaço nem privado nem público, porém mais precisamente público e privado ao mesmo tempo”.<sup>274</sup> Um espaço, segundo ele, onde os problemas particulares se encontram não apenas para extrair prazeres narcisistas ou buscar

---

<sup>271</sup> FLORES, Joaquim Herrera. Op. cit. p. 77.

<sup>272</sup> BAUMAN, Zygmunt. Op. cit. p. 90.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>274</sup> Idem.

alguma terapia através da exibição pública, mas para que os interesses, antes dissociados, passem a ser interesses comuns, grupais.<sup>275</sup> Estes seriam os espaços de construção do direito não oficial.

Antônio Carlos WOLKMER aponta no mesmo sentido: o de reconhecer a importância do surgimento de espaços público-privados nos quais se inicia a efetivação dos “novos” direitos (considerados como novos os direitos que, embora “velhos” temporalmente, não são efetivados, experimentados na vida pelos seus titulares). Nas suas palavras,

Reconhecida a importância desses mecanismos legais já consagrados, faz-se necessário avançar ainda mais no sentido de tentar viabilizar as possibilidades de uma teoria geral para a tutela dos “novos” direitos. Diante da insuficiência do modelo jurídico liberal-individualista, abre-se a perspectiva de procedimentos estratégicos pluralistas e mais democráticos, ou seja, a produção legislativa e a resolução de conflitos no interior do Direito oficial (Poder Judiciário) e no espaço do direito não-oficial (instâncias comunitárias descentralizadas)<sup>276</sup>.

Tal legitimação conferida às associações para a propositura de demandas coletivas visando à proteção de interesses metaindividuais,<sup>277</sup> “pode ser vista no contexto mais geral da *participação popular na boa gestão da coisa pública*, sob a égide da *democracia participativa*, incentivada pela Constituição Federal (art. 1.º, parágrafo único)”.<sup>278</sup>

A legislação brasileira sobre a tutela dos interesses coletivos, especialmente no que tange à participação popular no controle das políticas públicas aptas a realizar os direitos sociais é fruto de um louvável esforço legislativo, que formou, à época em que foi criado, um sistema moderno e avançado. Mas talvez seja a hora de evoluir ainda mais, de desmistificar a legitimação para as ações coletivas, como fizeram os Estados Unidos.

Inobstante, evoluir no sentido de ampliar a legitimidade para a tutela dos direitos coletivos se mostra necessário para que o sistema possa ser mais bem empregado em prol da construção de uma sociedade mais justa e solidária. Exigir a organização em associações, embora tal organização guarde em si uma vantagem

---

<sup>275</sup> Idem.

<sup>276</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, Rubens Morato (organizadores). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23.

<sup>277</sup> Artigo 5º. e incisos I e II d Lei 7.347/85 e artigo 82, IV, da Lei 8.078/90.

<sup>278</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 138-139.

social considerável, pode dificultar o acesso à justiça dos grupos privados dos direitos sociais básicos.

Por seu lado, inobstante as falhas no sistema, que são apontadas, frise-se, unicamente no intuito de aprimoramento, a jurisprudência brasileira avançou em termos de ações coletivas e também no controle abstrato de constitucionalidade das normas, instrumentalizando o sistema, relativizando os limites, rompendo barreiras. A análise das decisões a seguir demonstra o que até aqui se buscou expor: se por um lado ainda existe receio em relação ao alcance das ações coletivas, por outro, a efetivação dos direitos sociais por esta via já mostra sinais de que está sendo encarada como uma ferramenta essencial e poderosa para a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

### 3.4 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS AÇÕES COLETIVAS VISANDO A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Em uma concepção clássica, a função jurisdicional do Estado é exercida, de um modo geral, para tutelar direitos ameaçados ou lesados. O conceito de jurisdição, portanto, se relaciona com a atividade estatal consistente em identificar e fazer atuar a norma jurídica em casos concretos, partindo da constatação da ocorrência ou do prenúncio de uma situação, de um fato.

Esse conceito, embora sirva ao processo civil quando este é analisado tendo em vistas sua estrutura individualista, é sem dúvida insuficiente para definir os contornos cada vez mais elásticos que, hoje, especialmente no Brasil, a função jurisdicional tomou. Conforme Teori Albino ZAVASKI:

Atualmente, a jurisdição é exercida não apenas quando há lides individualizadas, estabelecidas entre pessoas identificadas ou identificáveis, em que se faz necessária à formulação da norma concretizada para deste modo, promover a justa composição do litígio. Ela pode ser invocada também para buscar proteção a direitos e interesses transindividuais, difusos e coletivos, de titularidade indeterminada, o que já representa significativo alargamento do âmbito da tutela jurisdicional, se comparado com o dos limites delineados no sistema original do Código de Processo.<sup>279</sup>

---

<sup>279</sup> ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** Tese de doutorado. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01.jun.2013.

Além disso, no atual ordenamento vigente, a função jurisdicional tem também a função de proteger a ordem jurídica como um todo, independentemente da identificação de um fenômeno particular de incidência e do aparecimento de relações jurídicas concretas.<sup>280</sup> É o que ocorre nas ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade das leis e demais atos normativos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão), consideravelmente alargadas no sistema jurídico pátrio a partir da Constituição de 1988.

Trata-se, portanto, de atuação jurisdicional visando não à resolução de um determinado caso concreto, mas sim a efetivação da ordem jurídica considerada de forma abstrata, em processo em que, em tese, não há lide, não há interesses antagônicos e contrapostos. Conseqüentemente, ao menos no sentido em que este termo é considerado pelo atual Código de Processo Civil, não há, de igual forma, nestes processos, partes. Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que nessas ações o que se tem é

(...) processo objetivo por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados.<sup>281</sup>

Tal modalidade diferenciada de processo, independente da existência de um conflito e, conseqüentemente, que não encaixa perfeitamente nas estruturas desenhadas no regime geral do Código de Processo Civil, fez com que se questionasse a sua natureza jurisdicional. Há quem defenda que a decisão proferida nos processos de controle concentrado de constitucionalidade é “apenas formalmente jurisdicional”, sendo “materialmente, de natureza legislativa”<sup>282</sup>. Contudo, mais uma vez compartilhando do entendimento de Teori Albino ZAVASKI,

---

<sup>280</sup> Idem.

<sup>281</sup> ADC nº 1, voto do Min. Relator Moreira Alves, RTJ 157/382. No mesmo sentido a doutrina de Gilmar Ferreira MENDES nas obras Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 249 e Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 130.

<sup>282</sup> MACHADO, Hugo de Britto. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 117.

A afirmação, todavia, não tem procedência, por várias razões, entre as quais, esta: as sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, conformando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Ora, considerando essa circunstância, e, ainda mais, que ditas sentenças tem eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões.<sup>283</sup>

Nesta contemporânea concepção, portanto, as ações de controle de constitucionalidade servem também, ainda que indiretamente, para garantir o acesso das pessoas a bens jurídicos materiais e imateriais, de forma coletiva.

Ao invés de se buscar uma saída para a concretização dos direitos reconhecidos e ainda não efetivados no direito processual tradicional, instrumentalizam-se as ações constitucionais. Nas palavras de Antônio Carlos WOLKMER,

Um outro aspecto para se problematizar na esfera dos aparatos jurídicos oficiais é que, como adverte Paulo de T. Brandão, na busca de “instrumentos efetivos para a tutela de direitos adjetivados como ‘novos’, os doutrinadores ou operadores jurídicos ficam sempre no senso comum de encontrar uma saída dentro do próprio Direito Processual convencional, qual seja: “a proposta principal é a da necessidade da modificação do Processo Civil” ou de um “Processo Civil mais avançado”. Para o autor, uma vez que a teoria geral do Direito Processual Civil não consegue contemplar adequadamente a complexidade e porosidade dos “novos” direitos, há que se encontrar a tutela na instrumentalização das chamadas Ações Constitucionais, que integram hoje o ordenamento jurídico nacional no que, doutrinariamente se designaria como Direito Constitucional Processual.<sup>284</sup>

Sob este prisma, pode-se classificar e incluir as ações de controle concentrado de constitucionalidade entre os instrumentos de tutela coletiva de direitos.<sup>285</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, no manejo pelo antes advogado e agora o mais recente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto BARROSO,

---

<sup>283</sup> ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** Tese de doutorado. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01.jun.2013.

<sup>284</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos.** In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, Rubens Morato (organizadores). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24

<sup>285</sup> ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** Tese de doutorado. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01.jun.2013.

representando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 54, visando à interpretação do Código Penal conforme a Constituição, para que fosse excluída das hipóteses de crime de aborto a interrupção terapêutica da gestação do feto anencefálico.

Esta demanda é emblemática, pois ilustra perfeitamente o que se está ora a expor. Ou seja, uma confederação de trabalhadores na saúde – cujos integrantes também são alcançados pelo tipo penal do aborto – representou o anseio e garantiu o direito às mulheres gestantes de fetos sem atividade cerebral a interromper a gestação sem incorrer na prática do crime de aborto.

Da leitura da petição inicial e dos debates que se seguiram a ela, é possível verificar que a demanda versou basicamente sobre o direito à saúde física e mental das mulheres que se encontram gestando um bebê sem atividade cerebral, anteciparem o parto sem serem punidas, assim como os profissionais que realizam o procedimento.

Ainda que diretamente, o mérito do processo fosse questionar a inconstitucionalidade superveniente de norma recepcionada, a princípio, pela ordem constitucional inaugurada em 1988, o direito amplamente debatido e ao final assegurado foi o da saúde – física e mental – das mulheres brasileiras.

A decisão beneficiou um sem número de mulheres, do presente e do futuro que terão suas dignidades e saúde garantidas, bem como seu direito de escolha em prosseguir ou não com a gestação. Uma evidente tutela coletiva de direito social.

Outro exemplo que merece destaque é o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, também via ações de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>286</sup> Enquanto países considerados progressistas, como a França, se encontram em ampla tensão social por conta da autorização legislativa do casamento homossexual, no Brasil a transição se deu sem maiores problemas por que foi garantida pelo Poder Judiciário, em exemplo clássico de exercício da democracia contra majoritária. Na decisão, o Supremo Tribunal Federal interpretou extensivamente o artigo 226 da Constituição para reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo gênero sexual.

---

<sup>286</sup> ADI 4227 e ADF 132, ambas tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal.

Conseqüentemente, tal decisão rapidamente evoluiu para a autorização genérica para o casamento civil homossexual.<sup>287</sup>

Os exemplos ora trazidos não se tratam propriamente de direitos sociais prestacionais, trata-se de exemplos de tutela coletiva de direitos pelo manejo das ações de controle de constitucionalidade concentrado. Para a efetivação coletiva dos direitos sociais, se destacam na ordem vigente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação de inconstitucionalidade por omissão, embora ainda timidamente utilizadas pela sociedade civil organizada, assim como muitas vezes inutilizadas pelo próprio Poder Judiciário.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cumpre ressaltar que este instituto foi introduzido no direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, configurando-se como uma das modalidades de controle de constitucionalidade concentrado previstas.

A referida “ação” tem por escopo a efetivação dos comandos constitucionais sempre que seus preceitos estiverem sendo violados por uma omissão legislativa dos poderes constituídos, ou seja, sempre que um direito, em especial uma norma constitucional de eficácia contida, estiver inapta a surtir efeito por omissão de qualquer dos Poderes, em especial do Poder Legislativo. Dito de outra forma, a medida visa combater o que se convencionou a chamar de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.<sup>288</sup>

Em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, é um tipo de ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Neste caso, diz-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação autônoma.<sup>289</sup>

Já no que se refere às ações coletivas propriamente ditas, é de se destacar que estas levam em consideração um caso concreto. Portanto, não é a

---

<sup>287</sup> Decisão dada pelo Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2011 e Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, que orienta a atividade dos Cartórios de Registro Civil para o casamento gay.

<sup>288</sup> Conforme terminologia empregada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

<sup>289</sup> Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, servindo para questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal. Contudo, tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é disciplinada pela Lei Federal nº 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

inconstitucionalidade de uma determinada conduta o mérito da demanda,<sup>290</sup> embora nas decisões dadas neste viés, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, se verifique um efeito coletivo. Nas ações coletivas há uma situação concreta, com atores reais, que demandam uma atividade positiva do Estado-juiz.

Sendo assim, foram selecionadas para análise, porque seu conteúdo vai ao encontro do que se explanou até aqui, cinco decisões dadas em ações civis públicas visando o controle judicial de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

As duas primeiras foram escolhidas porque nelas é perceptível como o entrave procedimental em razão da legitimidade taxativa pode frustrar a efetivação dos direitos sociais, no caso, a moradia. As decisões tratam sobre o mesmo tema: a polêmica desocupação do terreno pertencente à massa falida da empresa Selecta pelo Município e pelo Estado de São Paulo. No local, conhecido como Pinheirinho, viviam duas mil famílias, organizadas socialmente.<sup>291</sup>

Determinada a reintegração de posse, sem ter onde acomodar os moradores da comunidade, quando a desocupação era iminente, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública<sup>292</sup> requerendo a condenação do Município e do Estado em efetivar uma política pública tendo em vista a omissão no cumprimento da política urbana e desrespeito a direitos fundamentais, dentre eles, o da moradia. Alegou o Ministério Público, interesse da União no caso.

O juiz federal da 1ª Vara Federal em São José dos Campos/SP entendeu que não era da competência da Justiça Federal processar e julgar a ação civil pública proposta contra a União Federal, o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos, por ausência de interesse da União.

Após a desocupação, realizada com violência pela polícia militar de São Paulo, despejando moradores que não tinham destino assegurado pelo poder público,

---

<sup>290</sup> Embora se seja forçoso admitir a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pelo juiz da causa, como defende Antônio GIDI, na já referida obra Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo.

<sup>291</sup> Para entender melhor a dimensão do caso do Pinheirinho, acessar: antropologiausp.blogspot.com.br. **Pinheirinho**: para além da desocupação.

<sup>292</sup> Processo nº 000000499-66.2012.403.6103, da Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. Íntegra disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120123pinheirinho.pdf>>. Acesso em 16.fev.2012.

a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com outra ação civil pública,<sup>293</sup> em que pedia R\$ 10 milhões em danos morais coletivos por conta da ação de desocupação do Pinheirinho. Este valor seria usado na reconstrução social e psicológica dos moradores da antiga comunidade.

Além disso, a Defensoria pedia a condenação do estado de São Paulo, do município de São José dos Campos a instituírem obrigatoriamente medidas de treinamento dos policiais e outros agentes públicos para a desocupação de terrenos invadidos por comunidades carentes.

Com base no fundamento da ilegitimidade da Defensoria Pública, afirmando que esta somente seria legitimada a defesa dos hipossuficientes – o que, em verdade, ocorria no caso concreto – o juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de São José dos Campos, julgou extinta a ação sem julgamento do mérito. A decisão está pendente do julgamento de recurso de apelação.

Muito embora se tratem de decisões de primeiro grau, seu apontamento serve para demonstrar como os juízes podem estar despreparados para o manejo das demandas coletivas. Felizmente, nos Tribunais, a tratativa vem se dando de forma diferente.

Na Ação Civil Pública nº 5001429-38.2010.404.7106/RS de autoria do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul - CREMERS, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a medida concedida pelo juízo de primeiro grau, no sentido de autorizar o trabalho de médicos uruguaios nas cidades fronteiriças com carência de médicos, sem a necessidade de prévia revalidação do diploma no Brasil. Frise-se que tal decisão se deu antes mesmo da existência do programa “Mais Médicos” lançado pelo Governo Federal em meados de 2013.

Na decisão<sup>294</sup> o Tribunal reconhece que um tratado firmado entre Brasil e Uruguai se sobrepõe à legislação brasileira, especialmente quando está sob tutela interesses como a vida digna e a saúde.

---

<sup>293</sup> Processo nº 0009769-96.2013.8.26.0577. da Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal.

<sup>294</sup> “ADMINISTRATIVO. ACORDOS INTERNACIONAIS. SERVIÇOS MÉDICOS. BRASIL E URUGUAI. CIDADES FRONTEIRIÇAS. PROFISSIONAIS URUGUAIOS. VIABILIDADE. REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. INEXIGIBILIDADE.

1. Através do Decreto n. 5.105/2004, foi firmado o "Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para pesquisa de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios".

2. Por sua vez, o Decreto n. 7.239/2010 promulgou o "Ajuste Complementar ao Acordo para

O que é interessante na tratativa do caso acima mencionado pelo Poder Judiciário foi o resultado atingido, às avessas. A demanda coletiva foi interposta no sentido de buscar a proibição dos médicos estrangeiros de trabalharem nas cidades que fazem fronteira com o Uruguai. Porém, a decisão contrária ao pedido feito pelo CRM/RS beneficiou todos os médicos uruguaios prestadores de serviço na região.

Os efeitos da decisão se fizeram sentir em todos os membros do grupo atingido pela decisão – médicos uruguaios – que se beneficiaram automaticamente deles, independentemente de terem ou não participado do processo.

Em outra decisão, relatada pela então Ministra Eliana Calmon, o Superior Tribunal de Justiça determinou a reativação de um programa do município de Santos, Estado de São Paulo, mudando o entendimento da Corte a respeito do controle das políticas públicas, inclusive sobre questões orçamentárias.<sup>295</sup> Em seu voto, especificamente sobre o controle da discricionariedade administrativa, assim se manifestou Eliana CALMON:

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não

Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios para Prestação de Serviços de Saúde", do qual se depreende a permissão de serviços de saúde humana por pessoas físicas ou jurídicas situadas nas localidades vinculadas ao Anexo do já referido Decreto n. 5.105/2004.

3. Diante do quadro, inexistente qualquer óbice ao exercício da atividade médica por profissionais uruguaios, no Brasil, em municípios fronteiriços especificados nos diplomas mencionados, porquanto devidamente amparado por acordos internacionais vigentes.

4. Os pactos internacionais firmados entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai visam a viabilizar a prestação de serviços médicos em localidades afastadas dos grandes centros urbanos (sobretudo das capitais dos Estados federados brasileiros ou dos distritos uruguaios). Esse elemento fático-estrutural não pode ser sonogado pelo intérprete dos textos internalizados através dos Decretos Presidenciais destacados.

5. Por fim, a ausência de revalidação do diploma obtido no estrangeiro, bem como de inscrição no Conselho Profissional competente, não tem o condão de afastar as regras inseridas no ordenamento jurídico por acordo internacional.

6. Apelação improvida".

<sup>295</sup> Neste ponto, Eliana Calmon refuta as alegações de ausência de verbas para o prosseguimento do programa, reformando a decisão do TJ/SP: "A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando para o *non facere*, escudar-se da falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitorais e populares ou pela necessidade da sociedade local?" (REsp 493.811-SP, publicado em 13.mar.2004)

pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador.<sup>296</sup>

No caso ora sob análise, o Superior Tribunal de Justiça “admitiu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas através do orçamento, inclusive direcionando verbas do próximo orçamento”.<sup>297</sup> No mesmo entendimento da decisão sul-africana mencionada anteriormente,<sup>298</sup> o STJ entendeu que as crianças e adolescentes da cidade de Santos têm direito à continuidade de uma política pública interrompida pela nova gestão, em manifesto controle efetivo da destinação do erário, do orçamento público.<sup>299</sup>

Por fim, em mais recente decisão, ao julgar o Recurso Especial nº 1.041.197-MS em 25-08-2009, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul, em face da sentença que deu procedência à Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do mesmo Estado, cuja ementa é extensa, mas vale a transcrição:

ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS DIREITO À SAÚDE FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO MANIFESTA NECESSIDADE OBRIGAÇÃO DO ESTADO AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.
2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.
3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.
4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

---

<sup>296</sup> REsp 493.811-SP, publicado em 13.mar.2004.

<sup>297</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit.

<sup>298</sup> O conhecido caso Grootboon.

<sup>299</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

Na decisão foram abordados os temas da pretensa ofensa à separação dos Poderes e aos limites do mínimo existencial e da reserva do possível. Originariamente, tanto o juízo de primeiro grau, quanto o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, haviam dado provimento à ação coletiva para obrigar o Estado a finalizar a aparelhagem de hospital público construído, porém sem a determinação pela prefeitura de uma política pública para adquirir os aparelhos necessários para o hospital poder atender os pacientes.

Confirmando a sentença, no voto do relator, o Ministro do STJ Humberto Martins, este “justifica a possibilidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário em casos excepcionais, quando a administração pública age sem razão ou extrapola os limites de sua competência, casos em que o Judiciário poderá corrigir tal situação”.<sup>300</sup>

Ou seja, o Poder Judiciário, embora não reconheça o direito subjetivo individual ao direito social prestacional, reconhece o direito coletivo à política pública adequada e necessária à implementação progressiva do direito social. Interessante notar, pelo caráter eminentemente coletivo do direito, a via da ação civil pública se mostra não somente adequada, como a única possível para a garantia do direito à política pública.

Examinando a abordagem da nova interpretação da teoria da separação dos poderes, Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA e Katya KOZICKI assim se posicionam:

---

<sup>300</sup> Idem.

Aduz o ministro que o princípio da Separação dos Poderes deve ser lido à luz da nova Constituição, que atribui novos papéis ao Estado na realização dos direitos sociais e, ao exigir uma atuação ativa da Administração Pública, acaba por exigir uma atuação mais forte do Poder Judiciário. Não se quer dizer que a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas pode se dar de forma indiscriminada, mas, quando a Administração Pública violar direitos fundamentais, a “interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada” (STJ, REsp 1.041.197, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 16.09.2009).<sup>301</sup>

Da análise da tendência da jurisprudência brasileira, nota-se que o atual entendimento se coaduna com o que a doutrina mais abalizada sobre o assunto vem dizendo sobre o uso das ações coletivas. Ou seja, fazer com que sejam instrumentos capazes de obrigar a administração pública a efetivar os direitos sociais prestacionais, mediante o controle judicial de políticas públicas.

A esfera coletiva se mostra adequada para a concretização dos planos constitucionais de redução das desigualdades, de diminuição da pobreza, de acesso aos grupos marginalizados às prestações impostas pela constituição ao Estado social – evidente opção do constituinte brasileiro. Os limites antes consagrados vão aos poucos se flexibilizando, trazendo à tona um novo entendimento acerca do papel do Estado no bem estar da população em geral.

Defender, todavia, o uso da tutela coletiva dos direitos sociais não impede que estes sejam tutelados também pela via individual. Como o sistema brasileiro ainda não prevê uma forma adequada de coletivização das demandas,<sup>302</sup> ainda ter-se-á que conviver com a divisão estanque na efetivação dos direitos. E se isso acontece não é constitucional barrar o acesso individual à justiça para a efetivação de direitos, mesmo que sociais.

O que se evidencia é a vantagem da forma de tutela dos direitos sociais prestacionais – direitos coletivos *lato sensu* –, em diversos aspectos. O primeiro a se destacar é a isonomia, uma vez que uma demanda garante ao grupo interessado (determinável *a priori* ou não) uma única decisão que atingirá a todos indistintamente. Além disso, a celeridade e a economia processual, também são prestigiadas, como se pode supor, uma vez que se evita inúmeras demandas sobre o mesmo tema. Isso

---

<sup>301</sup> Idem.

<sup>302</sup> As questões pontuais relativas ao julgamento dos recursos repetitivos e outras formas de coletivização dos efeitos das decisões judiciais atualmente previstas no ordenamento processual, bem como as inovações trazidas pelo Projeto de Código de Processo Civil em trâmite, apesar de se tratarem de necessário controle da coerência das decisões judiciais são, como dito, formas de coletivização dos efeitos das decisões e não formas coletivas de acesso à justiça.

sem mencionar o poder das ações coletivas como instrumento potente de pressão dos grupos privados na tutela dos seus direitos.

E aí reside a grande vantagem do processo coletivo na concretização dos direitos sociais prestacionais a ser apontada: a possibilidade da garantia de uma prestação estatal hábil a atingir uma coletividade, um grupo, um estrato social, por meio de uma única demanda com amplo debate, e não mais apenas um indivíduo.

Da mesma forma, a tutela coletiva dos direitos garante a efetivação de outros direitos fundamentais processuais como a segurança jurídica – assegurada na coerência da prestação jurisdicional, já que a mesma decisão surtirá efeitos sobre o grupo social, evitando-se decisões conflitantes sobre o mesmo direito a ser assegurado, como pode se dar pela via individual.

Contudo, é importante que se ressalte que, inobstante se verifiquem vantagens, sob determinados aspectos, a efetivação dos os direitos sociais prestacionais depende da utilização do sistema coletivo. Em variadas situações existem acepções coletivas e individuais do mesmo direito lesado, e a faceta coletiva – o direito à política pública – deve ser pleiteada pela única via adequada. Porém, não se ignora o fato de que os aspectos ou reflexos individuais poderiam ser pleiteadas na mesma demanda, caso o sistema fosse mais flexível.

Também releva o fato de que nas decisões paradigmáticas escolhidas para análise, somente uma foi interposta por associação, as demais, todas foram perseguidas por entes públicos (Ministério Público ou Defensoria Pública). Isso talvez demonstre a fragilidade do sistema no tocante à busca da efetivação dos direitos pelos próprios interessados, afastando a iniciativa popular em detrimento da seletiva opção ministerial.

O que releva da análise dos julgados acima é que, aos poucos, a jurisprudência brasileira vem absorvendo a construção dogmática abordada no presente trabalho. Ou seja, vem, paulatinamente, construindo o posicionamento de garantir, pela via dos processo judicial coletivo, o direito de grupos sociais às políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizar um trabalho de pesquisa é sempre uma tarefa árdua. Sempre que se supõe que a pesquisa está ampla o bastante, outros livros, artigos e julgados surgem. Mas é necessário concluir, ou melhor, abandonar a pesquisa para que se possa cumprir com o objetivo proposto.

Afirmar que a constituição é a norma suprema de um país hoje parece redundante, mas não foi sempre assim, especialmente no caso brasileiro. Analisando brevemente o histórico constitucional nacional é possível perceber que a Constituição de 1988 representa o marco da verdadeira valorização da pessoa na sociedade brasileira. E não apenas do indivíduo, mas também dos grupos sociais em que ele está inserido. O avanço na proteção dos direitos sociais e a obrigação do Estado em prestar determinados serviços à população são evidentes no texto constitucional.

Mas não é só. A construção do plano traçado pela Constituinte depende da previsão e emprego a contento de instrumentos processuais adequados à efetivação de todas as espécies de direitos, em especial os fundamentais. E hoje já não se sustenta a teoria da não exigibilidade dos direitos sociais, inclusive os prestacionais. Mesmo os limites como o do ativismo judicial, da reserva do financeiramente possível e da ofensa à separação dos poderes podem ser superados desde que sejam utilizadas as ferramentas adequadas para este fim determinado.

No caso do controle judicial das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais prestacionais, o processo judicial coletivo se apresenta como útil e necessário para que o Poder Judiciário possa adentrar no mérito das decisões políticas, respeitando questões orçamentárias e de divisão de funções. O Estado, em todas as suas esferas não pode mais se omitir quando o assunto em pauta for a realização de um direito fundamental – seja de qualquer espécie, ou geração.

O exemplo estadunidense faz o contraponto para a reflexão sobre o sistema nacional, pois mostra a forma natural com que lá se tratam as questões de direito coletivo, cujos paradigmas não podem ser os mesmos do processo tradicional, de cunho individualista. Principalmente, no que tange à legitimidade para a demanda e a representação adequada do grupo. No Brasil, a exigência de prévia mobilização social em forma de associações, em paralelo com um rol de agentes públicos legitimados à propositura das ações coletivas, traz em si um benefício e um problema: se por um lado fomenta a organização social não estatal, fazendo surgir

espaços nem público nem privados de debate a respeito das questões pertinentes a cada grupo ou categoria; por outro, dificulta o acesso coletivo à justiça, pois é mais uma exigência formal que certamente inibe a propositura de inúmeras demandas.

Parece que, contudo, o Poder Judiciário brasileiro vem aderindo à tese do controle judicial das políticas públicas por meio do processo judicial coletivo. É o que deixam transparecer os julgados analisados no presente trabalho. Porém, ainda há muito a fazer – basta olhar ao redor.

Conclui-se, portanto, o presente trabalho na esperança de que ele não seja em vão. Que possa ser utilizado pela comunidade jurídica e em geral para lançar luzes, tanto sobre o emprego do processo coletivo, como na questão da efetivação dos direitos sociais, para que se possa, realmente, construir uma sociedade menos desigual para todos os brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio Afonso da. (trad.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Rev. Bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 14, n. 39, Fev. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci_arttext)> Acesso em 21.nov.2013.

ARENDT, Hana. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. RJ: Forense Universitária, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)> Acesso em 11.mai.2013.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common Law e civil Law**. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf)> Acesso em: 10.set.2012.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Fórum: Belo Horizonte, 2007.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em 16.abr.2013.

BARROSO, Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)> Acesso em 21.nov.2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. (In) ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (org.) **Justiça social: uma questão de direito**. DP&A: Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Ed. Campus, 1992.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política* (Carmen C. Varriale et al. Trad.). 11. ed. Brasília: Unb, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2. t. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O “modelo constitucional do direito processual civil”**: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>> Acesso em 16.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. Disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>> Acesso em 10.jul.2013.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição e déficit procedimental**. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CITTADINO, Giselle. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 10.fev.2013.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em 15.nov.2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>> Acesso em 14.fev.2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica.** Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=pf>> Acesso em 22.nov.2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil.** 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel.** Disponível em: <[http://www.fecra.edu.br/admin/arquivos/O\\_Cidadao\\_de\\_Papel.pdf](http://www.fecra.edu.br/admin/arquivos/O_Cidadao_de_Papel.pdf) – cidadão de papel> Acesso em 18.jul.2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norteamericana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAORO, Raymundo Faoro. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal.** A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIORI, José Luis. **Estado de bem-estar social: padrões e crises.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf> > Acesso em 15.nov.2013.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: teoria da constituição; as Constituições do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social.** Tese de doutorado. Disponível em <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1)> Acesso em 18.mai.2013.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. As codificações das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 31.jan.2013.

\_\_\_\_\_. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada**. In: Revista Forense, volume 361: Forense, Rio de Janeiro, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HACHEN, Daniel. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 14, n. 14.2 p. 618-688. Jul/Dez 2013.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito: 1959.

HESPANHA, Antonio Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LIMA, Jairo Néia. **Direito Fundamental à inclusão social**. Eficácia prestacional nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2012.

MACHADO, Hugo de Britto. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. **O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano**. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p83/3981>> Acesso em 22.nov.2013.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ideologia e constituição. In: **Constituição e constituinte**. São Paulo: RT, 1987.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade** – aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho de direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NARITA, Stella. **Direitos sociais: direitos humanos a serem universalizados**. Disponível em: <[http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1%3Adireitossociais-direitos&catid=29%3Avolume-i-edicao-i&Itemid=54&lang=pt](http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Adireitossociais-direitos&catid=29%3Avolume-i-edicao-i&Itemid=54&lang=pt)> Acesso em 21.nov.2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **O processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. In: Revista de Processo, n. 61: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais:** reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.,.). **Processo civil e interesse público:** o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Proteção Judicial contra omissões legislativas.** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais, econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos.** Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista\\_sur\\_01.pdf#page=20](http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_01.pdf#page=20)>. Acesso em 01.jun.2013.

PONTES FILHO, Valmir. **Poder, Direito e Constituição.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.* São Paulo, Saraiva, 2010.

SADER, Emir. **Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil:** da ditadura à atualidade. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/06\\_cap\\_1\\_artigo\\_03.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/06_cap_1_artigo_03.pdf)>. Acesso em 21.nov.2013.

SALGADO, Eneida Desirré. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico:** vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1841/Disserta%E7%E3o%20EDSalgado.pdf?sequence=1>> Acesso em 14.jun.2013.

SANTOS, Boaventura Souza. **O Estado social, Estado providência e de bem-estar.** Disponível em : <[http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content\\_id=2968300&page=-1](http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=2968300&page=-1)> Acesso em 14.jun.2013.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências.** São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em 22.nov.2013.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>> Acesso em 18.mai.2013.

\_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>> Acesso em 14.jun.2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social.** Tese de doutorado. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/21460/Binder1.pdf?sequence=1>> Acesso em 18.jul.2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/850/1686>> Acesso em 10.fev.013.

\_\_\_\_\_. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHARZ, Rodrigo Garcia. **Judicialização e administração pública: notas a respeito do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais.** In: **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Melo.** SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. - São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira. quem é e como vive.** Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2009.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Ulisses e o canto das sereias:** sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf> Acesso em: 18.set. 2012.

SUSTEIN, Cass R. **Social and economic rights? Lessons from South Africa.** Disponível em: [http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS\\_.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/124.CRS_.pdf) Acesso em 11.set.2013.

TOLOMEI, Fernando Soares; SOUZA, Gelson Amaro de. **Eficácia preclusiva da coisa julgada à luz da garantia de inafastabilidade da jurisdição.** In: Anais do XI Seminário de Iniciação Científica do Centro Universitário Eurípedes de Marília. Marília, 2010, p. 279-293.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial.** São Paulo: Renovar, 2008.

TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution.** New York: Oxford University Press, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia.** v. 14, n. 14.2 p. 374-386. Jul/Dez 2013.

VIEIRA, Sofia Lerche. **A educação nas constituições brasileiras, texto e contexto.** Disponível em <http://www.emaberto.inep.gov.br/index.php/RBEP/article/viewFile/498/508> Acesso em 13.fev.2013.

WATANABE, Kazuo. Processo Civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.) **Processo Civil de interesse público.** São Paulo: RT, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os "novos" direitos no Brasil:** natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Pluralismo e crítica ao constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional.** Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> Acesso em 04.jul.2013.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina.** Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da Academia Nacional de Direito Constitucional. p. 143-155.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil.** Trotta: Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_. **Historia e Constitución.** Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** Tese de doutorado. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1> Acesso em 01.jun.2013.