

UNIVERSIDADE  
AUTÓNOMA  
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**ATIVISMO OU CONTROLE JUDICIAL NA TUTELA JURISDICIONAL  
COLETIVA BRASILEIRA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito,  
especialidade em Ciências Jurídico-processuais

Autor: Bruno Domingos Viana Batista

Orientador: Doutor Francisco Meton Marques de Lima

Co-orientador: Doutor António Pedro Ferreira

**Janeiro de 2016**

**Lisboa**

## ÍNDICE

<b>RESUMO .....</b>	<b>3</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO DEVIDO.....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Processo devido como garantia de abstenção .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Processo devido como garantia de atuação.....</b>	<b>19</b>
<b>1.3 O aspecto negativo da separação de poderes .....</b>	<b>31</b>
<b>CAPÍTULO II - ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL .....</b>	<b>42</b>
<b>2.1 Microssistema de tutela coletiva.....</b>	<b>42</b>
<b>2.2 Amplitude da tutela jurisdicional coletiva.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3 Princípios do processo devido coletivo.....</b>	<b>51</b>
<i>2.3.1 Acesso à ordem jurídica coletiva efetiva.....</i>	<i>51</i>
<i>2.3.2 Legitimação adequada .....</i>	<i>52</i>
<i>2.3.3 Princípio da certificação adequada.....</i>	<i>55</i>
<i>2.3.4 Princípio da competência adequada .....</i>	<i>57</i>
<i>2.3.5 Princípio da coisa julgada diferenciada .....</i>	<i>63</i>
<b>CAPÍTULO III - ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA COLETIVA.....</b>	<b>78</b>
<b>3.1 Neoconstitucionalismo brasileiro .....</b>	<b>78</b>
<b>3.2 Aspecto positivo da separação de poderes.....</b>	<b>81</b>
<b>3.3 Ativismo ou controle judicial na tutela coletiva de políticas públicas ....</b>	<b>83</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>105</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>109</b>

## RESUMO

A efetividade dos direitos fundamentais, quando demanda prestações estatais, passa pela averiguação da aptidão do judiciário em analisar políticas públicas e determinar condutas por parte dos outros poderes. O tema da presente pesquisa é o controle judicial de políticas públicas. O problema é se o poder judiciário, ao analisar políticas públicas, viola os limites da competência constitucional a ele estabelecido. Analisam-se aspectos constitucionais do processo devido - abordando o processo devido como garantia de abstenção e como garantia de atuação - e o aspecto negativo da separação de poderes (independência). Analisam-se aspectos gerais da tutela coletiva no Brasil, apresentando o microssistema de tutela coletiva, a amplitude da tutela coletiva no país e princípios do processo devido coletivo. Analisa-se o ativismo judicial na tutela coletiva, abordando o neoconstitucionalismo brasileiro, o aspecto positivo da separação de poderes (harmonia) e o ativismo (ou controle) judicial na tutela coletiva de políticas públicas. Afirma-se que a tutela jurisdicional coletiva é instrumento propício ao controle judicial de políticas públicas, por assegurar o direito fundamental à igualdade, possibilitar a melhor produção de provas no judiciário e permitir a economia processual. Conclui-se que o judiciário no exercício da tutela coletiva, ao utilizar argumentos políticos e executar diretamente atribuição constitucionalmente delimitada para outro poder, executa ativismo judicial, a ser isso violação ao princípio da separação dos poderes sob o aspecto negativo. Todavia, quando o judiciário na tutela de direitos utiliza de argumentos jurídicos, objetivando proteger os fundamentos e realizar os objetivos do Estado, atuando de maneira harmônica com os outros poderes, realiza controle judicial das políticas públicas, a ser isso realização do princípio da separação dos poderes sob o aspecto positivo, a estar isso dentro dos limites de competência do judiciário, atuando o judiciário no exercício de uma função típica, referente à proteção do ordenamento jurídico e salvaguarda da força normativa da Constituição.

**Palavras-chave:** Ativismo; Políticas Públicas; Direitos Fundamentais; Tutela Coletiva.

## ABSTRACT

The effectiveness of fundamental rights, when they demand state benefits, involves the investigation of the judiciary's ability to analyze public policies and determine behaviors from the other powers. The theme of this research is the judicial review of public policies. The problem is if the judiciary, when analyzing public policies, violates the limits of the constitutional competency established for him. Analyzes constitutional aspects of due process of law - addressing the due process of law as assurance of abstention and as assurance of acting - and the negative aspect of the separation of powers (independence). Analyzes general aspects of the collective protection in Brazil, presenting the collective protection's microsystem, the amplitude of the collective protection in the country and the principle of collective's due process of law. Analyzes the judicial activism in collective protection, addressing Brazilian's neoconstitucionalism, the positive aspect of the separation of powers (harmony) and the judicial activism (or control) in the collective protection of public policies. Says that the jurisdictional collective protection is a tool propitious for the judicial control of public policies for ensuring the fundamental right to equality, enabling better production of evidences in judiciary and allowing procedural economy. Concludes that the judiciary in the exercise of collective protection, when uses political arguments and fulfills directly attribution constitutionally delimited for another power, performs judicial activism, being that violation of the principle of separation of powers under the negative aspect. However, when the judiciary in the collective protection uses legal arguments, aiming to protect the foundations and carry out the state's goals, working harmoniously with other powers, performs judicial control of public policies, being that realization of the principle of separation of powers under the positive aspect, being that within the judiciary's competence, acting the judiciary in the course of a typical function, concerning in the protection of the legal system and the safeguard of the normative force of the Constitution.

**Keywords:** Activism; Public policy; Fundamental rights; Collective protection

## INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos fundamentais, quando demanda prestações estatais, passa pela averiguação da aptidão do órgão de poder judiciário em analisar políticas públicas e determinar condutas por parte de outros órgãos de poder.

Esse trabalho possui como tema o controle judicial de políticas públicas, a ocorrer quando o órgão de poder judiciário atua ativamente na materialização de direitos fundamentais que demandam prestações do Estado.

O problema apresentado está em saber se o órgão de poder judiciário, ao atuar no controle judicial de políticas públicas que demandam ações positivas de outros órgãos de poder, estaria a violar os limites de competência constitucionalmente estabelecida a ele.

Restringe-se o objeto de análise do problema, com fins de assegurar a viabilidade da pesquisa, à atuação do órgão de poder judiciário em determinado território, optando-se pela análise da atuação do órgão de poder judiciário no território do Brasil, em decorrência do maior acesso do pesquisador à atuação judicial naquela circunscrição.

Apresenta-se como hipóteses ao problema do controle judicial de políticas públicas que: ou a) o judiciário estaria a extrapolar os limites de competência dele, nesta hipótese: a.1) se a extrapolação aos limites de competência é constitucionalmente lícita; ou a.2) se a extrapolação dos limites de competência é ilícita; ou b) não estaria a extrapolar os limites de competência dele, nesta hipótese se: ou b.1) seria função anômala do judiciário; ou b.2) seria função típica inerente à própria competência.

Para isso, analisar-se-ão aspectos constitucionais do processo devido, abordando o processo devido como garantia de abstenção e como garantia de atuação, e o aspecto negativo da separação de poderes. Em seguida, analisar-se-ão aspectos gerais da tutela coletiva no Brasil, apresentando o microssistema de tutela coletiva, a amplitude da tutela jurisdicional coletiva no país e os princípios do processo devido coletivo. Por fim, analisar-se-á o ativismo judicial na tutela coletiva, abordando o neoconstitucionalismo brasileiro, o aspecto positivo da separação de poderes e o ativismo (ou controle) judicial na tutela coletiva de políticas públicas.

Trata-se, quanto à natureza, de uma pesquisa básica, por objetivar gerar conhecimentos novos úteis que envolvem verdades e interesses universais. Quanto à abordagem é uma pesquisa qualitativa ao interpretar fenômenos e atribuir significados, com

análise de dados de maneira indutiva. Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória, por visar proporcionar maior familiaridade com o problema com vista a torná-lo explícito e a construir hipóteses. Quanto aos procedimentos técnicos, valer-se-á da pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de material já publicado, e documental, fruto da análise dos precedentes dos Tribunais no Brasil.

A justificativa social para a elaboração da pesquisa reside na necessidade de se construir uma doutrina sólida de efetivação de direitos fundamentais no Brasil, que permita a materialização de direitos fundamentais por políticas públicas que faticamente possibilitem a plena aplicação do postulado da vedação do retrocesso social, considerando a escassez de recursos financeiros do Estado e a ampla quantidade de demandas sociais, sem importar no sacrifício de outros direitos caros a determinados Estados do ocidente, como a democracia e a liberdade.

A justificativa institucional para a elaboração da pesquisa está no objetivo de se contribuir com o acervo de pesquisa da Universidade Autónoma de Lisboa, com material que analisa direito comparado sobre tema relacionado à efetividade de direitos fundamentais, auxiliando o pesquisador da instituição na análise das questões fáticas afetas ao tema, trazendo precedentes dos Tribunais brasileiros, possibilitando que o pesquisador realize a comparação com os casos analisados na pesquisa dele.

A justificativa pessoal para a elaboração da pesquisa está na importância da análise da atuação de outros países na temática relacionada à tutela coletiva, com fins de importar os acertos de Portugal a respeito da tutela coletiva à atuação judicial no Brasil, havendo a Universidade contribuído ao apresentar a legislação portuguesa - notadamente a Lei portuguesa n. 83, de 31 de agosto de 1995 - e doutrina da referida pátria. Ademais, optou-se pela temática por ser o pesquisador também servidor público do Ministério Público do Estado brasileiro do Amazonas, a atuar diuturnamente com ações coletivas relacionadas à questão.

Apresenta-se essa singela pesquisa com consciência de que o saber é um estado interminável, devendo o pesquisador estar em constante estudo, paradoxalmente buscando argumentos aptos a destruir a própria tese, a ser a antítese amargo remédio apto a fortalecer a pesquisa, para que o pesquisador, através da síntese, traga idéias mais sólidas, as quais, para além das vaidades pessoais, propiciarão o progresso científico à humanidade. Inicia-se esse trabalho analisando aspectos constitucionais do processo devido.

## CAPÍTULO I - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO DEVIDO

### 1.1 Processo devido como garantia de abstenção

A Constituição da República Federativa do Brasil, reconhece expressamente no art. 5º, *caput*, o direito fundamental à liberdade e à propriedade, estabelecendo nos incisos do referido art. 5º que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei; a liberdade da manifestação de opinião e pensamento; a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem; a inviolabilidade da casa; a liberdade de trabalho; a liberdade de locomoção; a liberdade de associação; a proteção ao direito de propriedade e de herança, dentre outros. O referido elenco de direitos está diretamente relacionado ao que se convencionou chamar de direitos de primeira dimensão.

No caso dos direitos fundamentais de primeira dimensão, relacionados ao valor liberdade e propriedade, estabeleceu-se como marco histórico o das revoluções liberais do fim do século XVIII e início do século XIX, em especial as revoluções francesa e norte-americana<sup>1</sup>, doutrinando Mastrodi que:

Partindo da matriz liberal e das classificações desenvolvidas com base nos valores dessa matriz, os direitos individuais clássicos, declarados como fundamentais pelas Revoluções liberais, se apresentaram como limites contra a intervenção do Estado e de terceiros. A doutrina chegou a chamar tais direitos fundamentais de individuais, de subjetivos, de defesa, negativos e de primeira geração ou dimensão.<sup>2</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França no período das revoltas liberais, estabeleceu no art. 2º que "A finalidade de toda associação política é a conservação dos

---

<sup>1</sup> FIORAVANTI, Maurizio - **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones**. 5.ed. Madri: Trotta, 2007. 165p. ISBN 9788481641196. p.55.

<sup>2</sup> MASTRODI, Josué - **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 131p. ISBN 9788537503331. p.75.

direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”<sup>3</sup>.

Aos direitos de primeira dimensão, relacionados aos direitos de liberdade e propriedade, imputava-se uma garantia estatal tradicionalmente de atuação negativa, ou seja, de não intervenção ou de mínima atuação <sup>4</sup>. Mendes, Coelho e Branco doutrinam que nos direitos de primeira dimensão reconhecidos na época se pretendia criar uma esfera de atuação pessoal refratária ao poder do Estado, traduzindo-se em “postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”<sup>5</sup>.

O respeito a direitos ligados ao valor liberdade trouxe uma perspectiva abstencionista na atuação do Estado, obrigando-o a intervir apenas de forma excepcional, da maneira menos danosa possível àqueles direitos caros à sociedade burguesa oitocentista.

O grande limitador da atuação estatal era o princípio da legalidade, pois era permitido ao indivíduo fazer tudo o que a lei não proibia, enquanto que o Estado apenas poderia intervir na esfera individual caso houvesse lei autorizadora. Havia a superioridade material da vontade do parlamento enquanto vontade da nação, o que gerou reflexos no modelo estatal de funções separadas em poderes.

Em prol de tais valores, proclamou-se no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que a existência de uma Constituição estaria condicionada à previsão de garantia dos direitos e separação dos poderes. Fê-lo com fins de se estabelecer a Constituição como documento normativo condicionante ao poder estatal e limitador deste.

A Constituição era considerada a vontade da nação<sup>6</sup>, por lógica as leis que dela tiravam o fundamento, redigidas pelo parlamento, também o eram, sob essa perspectiva não era lícito ao Estado-juiz mudar o sentido delas, quando muito, podia se valer de técnicas interpretativas - inicialmente advindas do silogismo puro, mas posteriormente admitindo-se outras formas como a interpretação histórica e a lógico-sistemática - para desvelar a vontade

---

<sup>3</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos [s.d.].[Consult. 8 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p. ISBN 8535215611. p. 206.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2009. 1486p. ISBN 9788502078192. p. 267.

<sup>6</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph - **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que Tiers État?**. 6.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2009. 116 p. ISBN 9788579871825. p. 44.



do legislador, mas nunca se afastar dela, doutrinando Diniz acerca da escola exegética que "a função do aplicador não era senão a de subsumir os fatos concretos à determinação abstrata da lei. Reinava, portanto, a concepção mecânica da função judicial, entendida como um processo de dedução lógica"<sup>7</sup>.

Assim, definiu-se que os direitos de primeira dimensão estariam ligados aos valores liberdade e propriedade, devendo eles serem garantidos por intermédio de uma postura negativa ou não intervencionista do Estado, que no caso do Estado-juiz dava-se através da inércia e limitação de decisão com técnicas de subsunção lógica.

Ocorre que os direitos fundamentais são direitos decorrentes do atributo dignidade, reconhecidos no decorrer das eras. A serem os direitos fundamentais inerentes ao atributo da dignidade humana e com carga valorativa metajurídica, convencionou-se períodos de reconhecimento expresso desta carga valorativa, geralmente marcados por fases de revolução social ou por rupturas no ordenamento jurídico-positivo que levaram ao reconhecimento expresso ou implícito dos valores transmudando-os em norma jurídica, dever ser.

Conforme leciona Canotilho<sup>8</sup>, reconhecimento sucessivo de diversos direitos fundamentais no decorrer das eras não importa em dizer que o novo direito reconhecido imediatamente supera ou revoga o segundo, por isto, opta-se pela não utilização do termo "geração" de direitos fundamentais.

Cediço também que o reconhecimento do período histórico de luta social pelos direitos fundamentais não importa em dizer que eles não existiam antes do referido período, por isto que se tem ressalva quanto à utilização de números ordinais nas diversas dimensões, todavia, adotar-se-á esta progressão numérica para fins didático-metodológicos.

Sendo assim, as diversas dimensões acabam por se confundir no momento da efetivação dos direitos, pois ao se promover a liberdade formal, acaba-se por se promover a igualdade formal, enquanto que ao se assegurar a igualdade material promovendo-se as capacidades humanas reconhecendo as diferenças, promove-se a liberdade material, pois, conforme leciona Sen<sup>9</sup>, assegura-se de forma direta o bem-estar e a liberdade das pessoas dando a elas maior poder de escolha.

---

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena - **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. 578p. ISBN 8502016342. p.52.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina: 2010. 1522p. ISBN 9789724021065. p. 386.

<sup>9</sup> SEN, Amartya - **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409p. ISBN 978-85-71649781. p.335.

Nessa perspectiva, Lima<sup>10</sup> doutrina que um único direito fundamental pode ter várias dimensões, a dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a dimensão social (segunda dimensão), a dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e a dimensão democrática (quarta dimensão).

Admite-se a doutrina de Lima no sentido de que um único direito fundamental pode ter várias dimensões, todavia entende-se que a classificação mais útil a este trabalho seria dividir os direitos fundamentais quanto a perspectiva individual ou coletiva, tendo como parâmetro a norma estabelecida no art. 81, parágrafo único, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>11</sup>, dividindo-se as dimensões dos direitos fundamentais em individual (primeira), coletiva em sentido estrito (segunda) e difusa (terceira). A utilidade prática de tal classificação está na legitimação processual para a defesa dos respectivos direitos fundamentais.

A título de exemplo, Machado<sup>12</sup> leciona que o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado se enquadra na categoria de interesse difuso, o faz por intermédio da constatação do pronome indefinido “todos” na redação do art. 225, *caput*, da Constituição brasileira<sup>13</sup> (pronome semelhante no art. 66, 1, da Constituição portuguesa<sup>14</sup>) e do precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro em que o Ministro Celso de Mello conceitua o ambiente “como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano”<sup>15</sup>.

Sucedo que a perspectiva de direito difuso do ambiente não exclui a perspectiva de direito coletivo em sentido estrito, tão pouco elide a perspectiva da proteção ambiental sob a ótica individual, legitimando o indivíduo enquanto sujeito passivo do dano ambiental a pleitear indenização, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

---

<sup>10</sup> LIMA, George Marmelstein - Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi [Em linha]**, ano 8, n. 173, dez. Teresina (2003). [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL:<http://jus.com.br/artigos/4666>>.ISSN 1518-4862.

<sup>11</sup> BRASIL - **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União de 12/9/1990. Brasília: [s.n.], 1990. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>12</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme - **Direito Ambiental Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1136p. ISBN 8574209252. p.127-129.

<sup>13</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>14</sup> PORTUGAL - **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: [s.n.], 1976. [Consult. em 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

<sup>15</sup> BRASIL - **Mandado de Segurança n. 22.164/SP**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min Celso de Mello. Diário de Justiça da União de 17/11/1995. Brasília: [s.n.], 1995.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VAZAMENTO DE OLEODUTO. INDENIZAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES. LEGITIMIDADE ATIVA DO PESCADOR ARTESANAL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. MATÉRIAS DECIDIDAS PELA SEGUNDA SEÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ.16

Assim, para a classificação apresentada, afirma-se que a primeira dimensão de direitos fundamentais não é apenas a ligada aos valores propriedade e liberdade, estando também relacionada aos direitos ligados ao valor igualdade e solidariedade, desde que analisados sob a perspectiva individual.

Ato contínuo, a estarem inicialmente tais direitos ligados à proibição de conduta por parte do Estado, em uma dimensão vertical, fez-se necessária a instituição de garantias para a defesa destes direitos, a ser o processo devido uma delas, motivo pelo qual Moraes desloca o marco inicial do reconhecimento histórico dos direitos de “primeira geração” doutrinando que “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*”<sup>17</sup>.

Guilherme I, o Conquistador, após conquistar a ilha da Inglaterra em 1066 e ser consagrado rei, reafirmou as leis estabelecidas pelo monarca anterior, Eduardo, o Confessor, com fins de assegurar certa estabilidade no reino, dando início na região à idéia de que o governante teria o dever de respeitar as próprias leis e as leis dos monarcas anteriores, as quais se tornaram leis da terra (*law of the land*), tradição esta repassada aos monarcas que sucederam à Guilherme I<sup>18</sup>.

O Rei João I assumiu o trono em 1199, após a morte de Rei Ricardo I (Coração de Leão). João I era o irmão mais novo de Ricardo I, portanto, necessitou impedir a ascensão ao

---

<sup>16</sup> BRASIL - **Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 238.427/PR**. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Cueva. Diário de Justiça Eletrônico de 9/8/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

<sup>17</sup> MOARES, Alexandre de - **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009. 914p. ISBN 9788522454013. p.31.

<sup>18</sup> RAMOS, João Gualberto Gracez - **Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v.46, 2007. 236p. ISSN 22367284. p. 101-117.

trono do sobrinho Artur I, Duque da Bretranha, filho de Godofredo, seu irmão mais velho, que em tese teria melhor pretensão ao trono, a qual seria passada ao filho. Com isto, João I entrou em conflito em 1202 - ao invadir a Bretanha - contra os barões da Normandia e de Anjou, que apoiavam Artur I, quem na época tinha apenas 12 anos, este último também possuiu o suporte político do Rei Felipe II da França.

Em 31 de julho de 1202, Artur I foi capturado e posteriormente desapareceu em 1203, a trazer desconfiança por parte dos súditos no sentido de que João I ordenara o assassinato da criança, trazendo desconforto na ascensão de João I ao trono inglês. Em 1202 também se iniciou a guerra anglo-francesa, a qual culminou em 27 de julho de 1214 com a batalha de Bouvines, sedimentando a derrota de João I e aliados.

Para financiar a guerra, João I precisou cobrar impostos extraordinários, aumentar os impostos já cobrados e realizar confisco sobre as terras dos nobres. O fracasso militar de João I somado às medidas impopulares que precisou realizar para cobrir os custos da guerra e do modo de vida que levava na corte, trouxe descontentamento para a nobreza da época.

Ressalte-se que em 1209 João I entrou em conflito com a Santa Sé, por haver recusado a nomeação de Stephen Langton para arcebispo da Cantuária, o que levou o Papa Inocêncio III a determinar a paralização de tradições religiosas no país - como a não badalada de sinos e interrupção de sacramentos - culminando com a excomunhão do Rei João I. Tal questão somente foi solucionada em 1213 quando o Rei João I se submeteu à vassalagem perante a Igreja Católica, todavia, durante o período o Rei João ocasionou grande descontentamento ao clero da região.

Esse clima de insatisfação, sobretudo advindo da perda de terras, política fiscal abusiva e tratamento de desprestígio em relação ao clero, motivou que em 1215 parte do baronato se rebelasse contra o Rei João I, forçando-o em 15 de junho de 1215 a assinar uma carta de direitos a favor dos nobres e do clero, intitulada *Magna Charta Libertatum*, ou "Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês"<sup>19</sup>.

O art. 39 da *Magna Charta* de 1215 dizia que nenhum homem livre seria de qualquer forma lesado, senão pelo julgamento legítimo dos pares destes ou pela lei da terra, sob essa

---

<sup>19</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - **Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum)**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos [s.d.]. [Consult. 8 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>.

perspectiva, ao menos formalmente, restringia-se o poder do rei o submetendo às Leis costumeiras do país, as quais, para serem aplicadas, dependeriam de julgamento legítimo realizado pelos mesmos pares de quem seria julgado. Havendo inclusive a previsão no art. 61 da *Magna Charta* da instauração de um conselho composto por 25 barões, responsáveis por garantir a execução pelo Rei e pelos servos deste das normas postas na *Magna Charta* de 1215.

Posteriormente à assinatura, João I não cumpriu com os termos da *Magna Charta* de 1215, levando o reino à guerra civil e incitando o procedimento de arbitragem feito pelo Papa Inocêncio III, quem foi contrário aos termos da *Magna Charta* de 1215.

A *Magna Charta* de 1215 não teve eficácia perante os desmandos de João I, todavia, destaca-se com a assinatura da *Magna Charta* de 1215 a existência de um marco histórico, com a submissão formal do Governante às normas (costumeiras) pré-estabelecidas e à necessidade de um processo prévio para o cumprimento das referidas normas tanto em face daqueles titulares de direitos quanto em relação ao próprio governante.

Estabeleceu-se com a *Magna Charta* de 1215, em outras palavras, um marco a favor de direitos fundamentais do indivíduo em relação ao Estado, relacionados à proteção da propriedade e da liberdade contra a atuação abusiva dos governantes, cuja valoração em prol da liberdade foi reprimada nas legislações liberais burguesas.

É sob essa perspectiva que a Constituição brasileira estabelece no art. 5º, LIV, a garantia fundamental do devido processo legal ao dizer que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"<sup>20</sup>.

O processo devido ou devido processo legal foi expressamente reconhecido constitucionalmente como direito fundamental do indivíduo contra a atuação abusiva do Estado na Constituição brasileira de 1988.

Todavia, o termo “devido processo legal” merece interpretação ampliada, uma vez que, a ser a Constituição brasileira norma jurídica dotada de força normativa<sup>21</sup>, tem ela aptidão para irradiar comandos - por intermédio de normas expressas, a exemplo do art. 5º, LV, da Constituição brasileira que estabelece a garantia do contraditório, ou de normas implícitas a exemplo do princípio da adaptabilidade procedimental como corolário do acesso

---

<sup>20</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>21</sup> HESSE, Konrad - **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. 34p. ISBN8588278189. p. 20.

à justiça - não sendo o processo devido apenas nos termos da lei, mas também da Constituição.

Outra questão apresentada é que a garantia do devido processo legal não é dirigida somente ao Estado-juiz, não obstante ela haja sido inicialmente idealizada à função judicial do Estado. Diz-se isto porque o processo é mais do que mera atuação procedimental do juiz, ou seja, diferencia-se por ser mais amplo do que procedimento, do que o rito procedimental legalmente estabelecido para o processamento da demanda.

Adota-se um conceito amplo de processo, a ser ele o ato de produção normativa, ou seja, conforme doutrina Canotilho, apresentando-se o “*processo devido* como processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das *normas restritivas* das liberdades dos cidadãos”<sup>22</sup>, doutrinando Kelsen que:

[...] No entanto - como resulta do anteriormente exposto - a aplicação do Direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções das autoridades administrativas e ainda - como veremos - nos atos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.<sup>23</sup>

Assim, conforme doutrina Didier Jr.<sup>24</sup>, é possível se falar em processo legislativo constitucional, processo legislativo infraconstitucional, processo administrativo, processo judiciário, ou até mesmo processo nas relações jurídicas entre particulares, neste último caso considerando a eficácia horizontal<sup>25</sup> - ou diagonal, caso admitida a situação jurídica de hipervulneráveis, a exemplo do que ocorre em algumas relações de emprego - dos direitos fundamentais.

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina: 2010. 1522p. ISBN 9789724021065. p. 493.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 427p. ISBN 9788578272050. p. 263.

<sup>24</sup> DIDIER JR., Fredie - **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. 593p. ISBN 8577610756. p.30.

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op.cit. p.1.287.

O processo judicial é produção normativa por parte do Estado-juiz, cria-se por intermédio dele uma norma geral ao caso concreto<sup>26</sup>, aplicável em situações semelhantes e uma norma particular do caso concreto aplicável especificamente à relação jurídica deduzida em juízo.

Ato contínuo, a garantia do devido processo legal na Constituição brasileira também foi expressamente posta a favor dos tradicionais direitos fundamentais de primeira dimensão, sob a perspectiva individual, ligados aos valores liberdade e propriedade.

Todavia, o processo devido não se limita à defesa da liberdade e da propriedade, sendo também garantia de abstenção do Estado de atos que possam afrontar os demais direitos fundamentais.

Não são somente os direitos fundamentais ligados aos valores propriedade e liberdade que exigem do Estado uma postura abstencionista. O direito fundamental à igualdade, por exemplo, pode ser promovido também se exigindo do Estado uma postura negativa, a exemplo do previsto no art. 152 da Constituição brasileira<sup>27</sup>, que veda o tratamento tributário diferenciado sobre bens e serviços em razão da procedência ou destino dentro do território brasileiro<sup>28</sup>.

O processo judicial, assim, passa a ser garantia fundamental de produção, pelo Estado-juiz, de normas que assegurem a abstenção, do próprio Estado e de particulares, de atos que possam violar direitos fundamentais.

Cria-se um sistema processual voltado para evitar que o Estado atue de maneira abusiva, em desrespeito aos direitos fundamentais e demais normas jurídicas, defendendo-se um direito subjetivo por intermédio de ações constitucionais nominadas, como o Mandado de Segurança individual ou coletivo no Brasil, ou por intermédio de ações inominadas, com rito previsto infraconstitucionalmente, como corolário do direito constitucional de ação, a exemplo da ação ordinária propriamente dita no processo civil brasileiro.

Sendo o processo devido uma garantia fundamental, destinada à proteção de outros direitos fundamentais, ele em si também não deve ser violado. É possível dizer que o processo devido estabelece as “regras do jogo” da produção normativa, ao fazê-lo, imbuí-se dos

---

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme - **Teoria Geral do Processo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 523p. ISBN 9788520331132. p.100.

<sup>27</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>28</sup> SABBAG, Eduardo - **Manual de Direito Tributário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1158p. ISBN 9788502148581. p. 281.

fundamentos inerentes ao Estado onde está a ser aplicado, que no Brasil estão exemplificados no art. 1º da Constituição brasileira<sup>29</sup>, sendo eles a soberania, a cidadania, a dignidade, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Sob esta perspectiva, o instrumento de garantia de outros direitos também precisa ser garantido, dando ao titular do direito fundamental ao devido processo legal o poder de exigir do Estado-juiz que este o cumpra ou coaja os outros Poderes ou o particular ao adimplemento da garantida do processo devido.

Na seara do devido processo legislativo, existe direito subjetivo do parlamentar eleito, sob a ótica do direito fundamental de primeira dimensão (direito individual), de exigir o devido processo legislativo respeitando o prévio procedimento posto na norma regulamentadora, assegurando-se que o Estado se abstenha de as violar, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. - O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II. - Precedentes do MS 20.257/DF">STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves ;(leading case) (RTJ 99/1031) MS 20.452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Ministro Celso de Mello," D.J. "de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Ministro Maurício Corrêa," D.J. "de 08.8.2003; MS 24.576/DF, Ministra Ellen Gracie," D.J. "de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso," D.J. " de 12.9.2003. III. - Agravo não provido.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

<sup>30</sup> BRASIL - **Mandado de Segurança n. 24.677/DF**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Velloso. Diário da Justiça de 23/4/2004. Brasília: [s.n.], 2004.



No processo administrativo há precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de que o processo devido deve ser resguardado ao administrado: “SERVIÇO PÚBLICO DESLIGAMENTO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O desligamento de prestador de serviço público há de fazer-se observando-se o devido processo legal administrativo”.<sup>31</sup>

O processo devido também deve ser assegurado na relação jurídica entre particulares, conforme didático precedente do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. 1. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PROCEDIMENTO PREVISTO EM REGRAMENTO INTERNO. "ORIENTAÇÃO PARA MELHORIA". DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFICÁCIA HORIZONTAL DO PRINCÍPIO. 1.1. O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Estado-Juiz, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 1.2. O referido princípio, como tradicionalmente concebido, evidencia eficácia vertical, uma vez que impõe obrigações ao Estado, em benefício do cidadão. Contudo, com o objetivo de concretizar uma proteção mais abrangente aos direitos fundamentais, a Suprema Corte já decidiu que a garantia do devido processo legal deve e pode ser invocada em relações entre particulares, materializando aquilo que a doutrina denomina eficácia horizontal. 1.3. Na hipótese em que o próprio empregador estabelece procedimento a ser seguido para o desligamento do empregado, a observância deste consiste em direito fundamental do trabalhador. 1.4. Assim, a dispensa imotivada, sem observância do procedimento estabelecido pelo próprio empregador,

---

<sup>31</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 356.577/MG**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça Eletrônico de 12/3/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

ofende a garantia do empregado ao devido processo legal em sua acepção horizontal. Recurso de revista conhecido e desprovido.[...]³²

A ser o devido processo uma garantia fundamental expressamente reconhecida na Constituição brasileira, que deve ser resguardada nos processos legislativos, administrativos e privados, discorda-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de que a ofensa ao devido processo legal na seara jurisdicional, quando envolver a análise de leis infraconstitucionais, apresenta mera ofensa reflexa à Constituição, não se admitindo o processamento da referida causa de pedir naquele tribunal, conforme precedente:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípio do devido processo legal. Ofensa reflexa. Execução. Excesso. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada. 2. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula n° 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.³³

Reconhece-se que, o descumprimento a normas procedimentais estabelecidas em lei infraconstitucional, quando elaboradas por lei nacional, a exemplo da Lei brasileira n. 13.105/15, é matéria que em última instância está sob a proteção do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, conforme dita o art. 105, III, “a”, da Constituição brasileira³⁴, no entanto, o

---

³² BRASIL - **Recurso de Revista n. 203853720135040014**. Tribunal Superior do Trabalho, Rel. Min. Alberto Pereira. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 16/10/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

³³ BRASIL - **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 834.666/SP**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 7/10/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

³⁴ BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

devido processo legal é uma macro-garantia fundamental de onde irradia outras garantias, como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a fundamentação das decisões, dentre outras expressa e implicitamente existentes na Constituição, a ser possível a afronta direta a tais garantias, tanto pela própria norma infraconstitucional quanto por ato das instâncias jurisdicionais ordinárias, a justificar o controle por intermédio de recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, o devido processo legal é garantia constitucional posta em prol da defesa contra a atuação abusiva por parte do Estado, visando assegurar a abstenção deste em atos que possam comprometer o exercício de direitos assegurados, sejam eles individuais ou coletivos em sentido lato, relacionados aos valores, liberdade, igualdade ou solidariedade.

## 1.2 Processo devido como garantia de atuação

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>35</sup> prevê normas estruturantes do projeto político-ideológico da República Federativa do Brasil, destinado à incidir sobre aqueles que se encontram no território brasileiro (nacionais ou estrangeiros) e a dirigir a forma como o Estado se manifestará em relação aos sujeitos internacionais (outros Estados e, quando reconhecido, pessoas físicas).

Tais normas são classificadas por Silva<sup>36</sup> como princípios político-constitucionais e se referem ao que Canotilho designa como princípios politicamente conformadores, ou seja, “os princípios constitucionais que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição”<sup>37</sup>.

Essas normas estruturantes elencadas na maioria no Título I da Constituição brasileira<sup>38</sup>, dizem que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, a possuir como fundamento a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político. A

---

<sup>35</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 878p. ISBN 8574204749. p.93.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina: 2010. 1522p. ISBN 9789724021065. p. 1.166.

<sup>38</sup> BRASIL. Op.cit.

Constituição brasileira também declara que está a emanar do povo todo o poder, o qual é exercido por intermédio dos representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição brasileira.

Elas estabelecem que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si e exemplificam que os objetivos fundamentais do Brasil são construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Determinam que a República Federativa do Brasil se rege nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional; da prevalência dos direitos humanos; da autodeterminação dos povos; da não-intervenção; da igualdade entre os Estados; da defesa da paz; da solução pacífica dos conflitos; do repúdio ao terrorismo e ao racismo; da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; da concessão de asilo político.

A serem normas que espelham o alicerce valorativo da República Federativa do Brasil, as condutas do referido Estado devem ter como fundamento as referidas normas estruturantes, a ser o processo devido uma das garantias fundamentais que assim o fazem.

Estudou-se no item anterior que o processo devido é garantia de que o Estado ou o particular se absterão de praticar condutas que possam afrontar direitos, no entanto, verifica-se que para a promoção dos fundamentos da República brasileira, a exemplo da erradicação da pobreza, também é necessário que o Estado adote condutas positivas.

A sindicabilidade da inércia estatal diante da necessidade de condutas positivas era matéria a ser tratada exclusivamente no campo político, a estar apartada do controle jurisdicional, isso era consequência do modelo de funções estatais pautadas na não intromissão do judiciário no legislativo ou executivo, decorrência do princípio da separação dos poderes, e da percepção da Constituição propriamente dita - na época tida apenas como a correspondente à decisão política fundamental do povo - apenas como Carta Política, doutrinando Schmitt:

*La Constitución como decisión.* Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer

de la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, ed decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica<sup>39</sup>

A exigibilidade normativa de atos prestacionais por parte do Estado tem tradicionalmente como marco histórico o do reconhecimento dos direitos relacionados ao valor igualdade, nas primeiras décadas do século XX<sup>40</sup>, por intermédio do Título Sexto da Constituição do México de 1917<sup>41</sup> e do Capítulo Quinto da Constituição de Weimar de 1919<sup>42</sup>, doutrinando Nunes Júnior que:

O surgimento dos direitos sociais, como se vê, está atrelado, de um lado, ao capitalismo industrial embrionário, que, organizado com base em uma economia de mercado liberta de amarras jurídicas, produziu relações trabalhistas tirânicas, marcadas por um intenso processo de violação à dignidade do operariado; e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos que se contrapuseram ao quadro de opressão configurado<sup>43</sup>

Normalmente os direitos ligados ao valor igualdade são nominados de direitos de segunda geração ou dimensão. Acerca desta nomenclatura, remete-se aos comentários feitos no item 1.1 deste capítulo, adotando-se neste trabalho a classificação no sentido de que os

---

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl - **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial. 377p. ISBN 8420680575. p.47.

<sup>40</sup> NOVELINO, Marcelo - **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Método, 2008. 1125p. ISBN 9788530944803. p.385.

<sup>41</sup> MÉXICO - **Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de febrero del 1857**. Diário Oficial de 5/2/1917, 4ª época, Tomo V, n. 30. Querétaro: [s.n.], 1917. [Consult. em 10 Fev. 2015], Disponível em WWW: <URL: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf)>.

<sup>42</sup> ZENTRALE FÜR UNTERRICHTSMEDIEN - **Weimar Constitution**. [s.l.:s.n.:s.d.]. [Consult. em 10 Fev. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php)>

<sup>43</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano - **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. 236p. ISBN 9788561996031. p.51.

direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles vistos sob a ótica do direito coletivo em sentido estrito.

A Constituição brasileira<sup>44</sup> adota extenso rol de direitos ligados ao valor igualdade, por exemplo: o artigo 5º, *caput*, reconhece expressamente o direito fundamental à igualdade (formal); o artigo 6º, *caput*, assegura os direitos sociais promotores da igualdade (material), tais como o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança pública, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e o Título VIII da Ordem Social estabelece no artigo 193 que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, dentre outros.

A respeito dos direitos sociais, leciona Silva que:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.<sup>45</sup>

Os direitos sociais, exemplo de direitos predominantemente ligados ao valor igualdade, são direitos que exigem em regra uma prestação do Estado, neste sentido, eles são direitos prestacionais por excelência, solicitando que o Estado adote uma postura ativa para a efetivação deles.

Porém, a respeito dos direitos prestacionais, Novelino<sup>46</sup> doutrina que existe uma categoria de direitos que possui uma natureza mista que solicita postura positiva e negativa do Estado, relacionados aos direitos de participação, apresentando como exemplo o direito político de sufrágio em um Estado democrático, quando Estado deve se abster de influenciar o eleitor assegurando que este, no momento do escrutínio, vote com liberdade de escolha e, ao

---

<sup>44</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 878p. ISBN 8574204749. p. 285-286.

<sup>46</sup> NOVELINO, Marcelo - **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Método, 2008. 1125p. ISBN 9788530944803. p. 383

mesmo tempo, deve adotar posturas ativas no sentido de que o escrutínio ocorra de forma periódica.

Todavia, assim como os direitos ligados ao valor liberdade não são os únicos que solicitam uma postura abstencionista do Estado ou do particular, de forma paralela, os direitos ligados ao valor igualdade não são os únicos que rogam uma postura ativa, englobando direitos que vão além dos direitos de participação, para enquadrar também direitos relacionados a outros valores, como a liberdade ou a solidariedade.

Alexy<sup>47</sup>, adotando um conceito amplo de direitos a prestações, leciona que todos os direitos fundamentais que exigem uma ação positiva do Estado podem ser abarcados nesta categoria, doutrinando que:

A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens.<sup>48</sup>

Doutrina Alexy<sup>49</sup> que os direitos à prestação demandam tanto prestações fáticas quanto prestações normativas, dividindo os direitos à prestação em três grupos, direitos a prestação em sentido estrito, direitos a proteção e direitos a procedimento (em sentido amplo).

Os direitos a prestações em sentido estrito são os direitos sociais por excelência, que demandariam do Estado condutas materiais para a efetivação e os direitos a proteção seriam aqueles conferidos ao titular de exigir do estado proteção a direitos fundamentais contra uma possível conduta atentatória por parte de particulares.

Os direitos a procedimento em sentido amplo englobam o direito à organização (estruturação e composição de órgãos estatais) e o direito a procedimento em sentido estrito (sistema de regras e princípios direcionados a obtenção de um resultado), devendo as

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. ISBN 8574208728. p. 433.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 442.

<sup>49</sup> Idem.

prestações de procedimento em sentido amplo serem realizadas de forma tal que estejam em conformidade com os direitos fundamentais.

Parte-se da premissa de que estes direitos fundamentais à prestação por intermédio de organização e procedimentos são normas-princípios, sujeitas à mandamento de otimização, devendo serem resguardadas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas (a exemplo, a existência de recursos públicos) e jurídicas existentes (havendo antinomia jurídica imprópria, colisão entre princípios, deve-se resguardar de forma proporcional o princípio colidente de maneira que quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, maior será o grau de importância do outro, em um juízo de proporcionalidade)<sup>50</sup>.

A Constituição brasileira<sup>51</sup> prevê no artigo 92 e seguintes a estrutura organizacional básica dos órgãos judiciais, escalonando-os, expressa e implicitamente, de forma hierárquica e distribuindo competências, permitindo às leis ordinárias e às normas regimentais dos Tribunais a complementação da estrutura organizacional estabelecida por ela.

A título de exemplo, a organização constitucional da justiça estadual brasileira é - de forma implícita e em analogia à escalonagem da justiça federal prevista no artigo 106 da Constituição brasileira<sup>52</sup>, respeitando o paralelismo federativo com a União - escalonada em Juízes de Direito de primeira instância e Tribunais de Justiça, com atribuição concorrente com a jurisdição extraordinária para a interpretação das normas e, de maneira exclusiva, para a análise das questões fáticas, neste último caso em razão de opção política do constituinte originário em relação a pacto federativo<sup>53</sup>, no sentido de que as questões de fato devem ser pacificadas na unidade federada em que ela se originou. Em continuidade, restringiu, em regra, aos Tribunais extraordinários (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) apenas o controle normativo infraconstitucional e constitucional.

A exigibilidade de normas de organização adequadas tem importância quando a estrutura posta é apta a comprometer outros direitos fundamentais. Como acima exposto, a Constituição brasileira dividiu a justiça brasileira em diversos órgãos hierarquicamente

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. ISBN 8574208728. p. 593.

<sup>51</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John - **O Federalista**. 3.ed. Capinas: Russell, 2010. 548p. ISBN 9788589251761. p.159.



escalonados, no entanto, não previu de forma expressa em nenhum momento o direito constitucional à reapreciação da decisão proferida por um dos órgãos judiciais por um terceiro órgão hierarquicamente superior, ou seja, o direito ao duplo grau de jurisdição.

O artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>54</sup> estabelece que toda pessoa culpada por um delito terá direito a recorrer a uma instância superior, nos termos da lei. Ato contínuo, a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>55</sup> prevê no artigo 8.2, “h” o direito do condenado a um delito a recorrer a uma instância superior. Acerca da expressão “nos termos da lei”, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no caso Consuelo Salgar de Montejo contra Colômbia<sup>56</sup>, interpreta que “nos termos da lei” não estabelece uma discricionariedade ao Estado para autorizar o direito, a expressão afirma que compete a ele apenas regulamentá-lo.

Ambas as convenções foram devidamente ratificadas pelo Brasil, havendo ele as incorporado no ordenamento interno, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Brasileiro, com hierarquia supralegal e infraconstitucional<sup>57</sup>.

O problema ocorre quando a Constituição brasileira estabelece para titulares de determinados cargos a garantia procedimental de foro por prerrogativa de função, determinando que os crimes cometidos por eles serão julgados por Tribunal de grau hierárquico superior, a exemplo da garantia prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição brasileira que dita que compete ao Supremo Tribunal Federal brasileiro processar e julgar originalmente, “nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”<sup>58</sup>.

Acerca disso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresenta jurisprudência no sentido de que a criação de jurisdições especiais para autoridades, por si só, não afronta os

---

<sup>54</sup> BRASIL - **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Brasília: [s.n.], 1992. [Consult. 10 Jul. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm).

<sup>55</sup> BRASIL - **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília: [s.n.], 1992. [Consult. 10 Jul. 2015]. Disponível em WWW: URL <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>.

<sup>56</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Observaciones del Comité de Derechos Humanos a Comunicación 64/1979**. Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, observações de 24/3/1982. Nova Iorque: [s.n.], 1982. [Consult. 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR%20Observaciones%20a%20Comunicacion%2064-79.html>>

<sup>57</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 466.343**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico de 5/6/2009. Brasília: [s.n.], 2009.

<sup>58</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

direitos humanos<sup>59</sup>, em outras palavras, não atenta contra o direito a prestação procedimental através de uma organização estrutural adequada, para que o faça, é necessário que de forma conjunta estas jurisdições especiais impeçam o direito de recurso a outras instâncias<sup>60</sup>.

Nessa perspectiva, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, todos os julgamentos de pessoas com prerrogativa foro em razão da função que estão a ser julgados originalmente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, porque não existe outra instância a permitir o duplo grau por ser o referido tribunal o órgão da cúpula da estrutura do judiciário brasileiro, estariam eivados de vício de convencionalidade, afrontando diretamente texto de convenção acerca de direitos humanos.

Poder-se-ia argumentar, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>61</sup>, que não se trata de um odioso privilégio, mas de cautela, para amparar, a um só tempo, o reponsável e a justiça, lecionando Tourinho Filho que com isto se evitaria a “subverção da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os [os juízes] contra eventuais pressões”<sup>62</sup>. No entanto, concorda-se com Nucci<sup>63</sup> quando este doutrina que as decisões judiciais não são pautadas por critérios previamente estabelecidos por superior hierárquico, mas por mandamentos fundados na lei, ademais, as garantias constitucionais previstas no art. 95 da Constituição brasileira<sup>64</sup> são as mesmas para todos os integrantes da magistratura.

Além disso, conforme exposto, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o problema não está em instituir tribunais especiais, a lesão advém do fato de que, ao se instituir determinados tribunais, não se assegura o direito ao recurso, a tornar prescindível para a questão qual órgão jurisdicional irá julgar (perspectiva organizacional), sendo mais importante saber se haverá direito de recurso que materialmente assegure a sindicabilidade da decisão inicialmente proferida (perspectiva procedimental), sendo que para ela esta

---

<sup>59</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Pres. Huberto Porto, sentença de 30 de janeiro de 2014. São José: [s.n.], 2014. [Consult. 12 Jun 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)>.

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Pres. Diego García Sayán, sentença de 17 de novembro de 2009. São José: [s.n.], 2009. p.17. [Consult. 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)>.

<sup>61</sup> BRASIL - **Reclamação n. 473**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Victor Nunes Leal. Diário da Justiça de 8/6/1962. Brasília: [s.n.], 1962.

<sup>62</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - **Código de Processo Penal Comentado**. v.1. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.855p. ISBN 8502103911. p. 242

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza - **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.021p. ISBN 852032851.

<sup>64</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

sindicabilidade somente estaria satisfeita quando houvesse recurso para órgão diverso do que proferiu a decisão inicial.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>65</sup>, a despeito do posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entende que há prevalência da Constituição no direito brasileiro sobre quaisquer convenções internacionais, inclusive as que se referem à proteção de direitos humanos, sob pena de emprestar às convenções indevida força ab-rogante da Constituição.

O problema se agrava quando se considera o Enunciado n. 704 da Súmula do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que dita que “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”<sup>66</sup>.

Nessa hipótese o Supremo Tribunal Federal brasileiro entende recepcionada norma infralegal existente nos artigos 77, I; 78, III e 79 do Decreto-lei brasileiro n. 3.689/41 (Código de Processo Penal brasileiro), que, considerando a existência de continência por cumulação subjetiva, em virtude de uma conveniência procedimental, determina a reunião dos autos e julgamento simultâneo, sendo que, havendo concorrência de jurisdições de diversas categorias em relação aos réus, prevalecerá a hierarquicamente superior como critério de fixação de competência.

Isso pode acabar por importar que, nas hipóteses de jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal brasileiro, aquele para quem a Constituição brasileira não assegura prerrogativa de foro seja julgado no referido tribunal superior sem que lhe seja garantido o duplo grau de jurisdição, aplicando-se uma norma infraconstitucional, de hierarquia inferior à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro tem hierarquia supralegal.

Nesse caso se adota o posicionamento de Lima<sup>67</sup>, quem doutrina que o melhor seria respeitar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos considerando a supralegalidade dela, determinando o desmembramento dos autos, prosseguindo os autos contra o corréu no juízo de hierarquia inferior.

---

<sup>65</sup> BRASIL - **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça de 22/11/2002. Brasília: [s.n.], 2002

<sup>66</sup> BRASIL - **Súmula 704**. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 9/10/2003. Brasília: [s.n.], 2003.

<sup>67</sup> LIMA, Renato Brasileiro de - **Manual de Processo Penal**. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 1.760p. ISBN 8577619893. p. 1.555.

Além disso, não se deve perder de vista o fato de que essas normas de organização também possuem um aspecto negativo, se por um lado se deve criar uma estrutura estatal que permita a prestação procedimental satisfatória em relação aos direitos fundamentais, de outro lado também não se deve criar estruturas atentatórias a eles, a exemplos dos órgãos investigatórios de repressão existentes nas ditaduras da América latina<sup>68</sup>.

Acerca do procedimento em sentido estrito, por seu turno, Alexy doutrina que no que diz respeito à conexão entre direitos fundamentais e procedimentos legais “os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material”<sup>69</sup>. Tal posicionamento coloca o processo como instrumento a serviço do direito material, no entanto, aborda apenas um dos aspectos do postulado da instrumentalidade.

O postulado da instrumentalidade pode ser analisado sob o aspecto negativo ou positivo<sup>70</sup>. Sob o aspecto negativo se diz que o procedimento não é um fim em si mesmo - sentido este empregado por Alexy - cuja aplicação não deve contrariar os desígnios do direito material de tal forma que, com fins de se dar prevalência às normas procedimentais, condene-se um inocente ou se absolve um culpado.

Oliveira<sup>71</sup> leciona que o formalismo procedimental enquanto um fim em si mesmo é pernicioso aos direitos fundamentais, pugna pela existência de um formalismo-valorativo em que, se de um lado a garantia do devido processo legal atua em sentido negativo evitando que o judiciário descumpra garantias processuais, de outro permite que se afaste normas infraconstitucionais desarrazoadas e arbitrárias, devendo a lei processual ser interpretada de acordo com os princípios e garantias do sistema, doutrinando que “O direito é mais amplo do que a lei. A solução, contudo, não deve ser arbitrária, impondo-se justificada com a linguagem própria do discurso jurídico, pela força de sua intrínseca persuasão”<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. Pres. Diego García Sayán, sentença de 24 de novembro de 2010. São José:[s.n.], 2010. p. 1-5. [Consult. 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_219_esp.pdf)>.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. ISBN 8574208728. 490

<sup>70</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 383p. ISBN 8574209317. p.47.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira, Coord - **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPODIVM, 2008. 1.005p. ISBN8577610489. p.143.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro - **Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-valorativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 306p. ISBN 9758502066786. p.266.

Sob essa perspectiva nasce, juntamente com necessidade de adequação do procedimento a nível normativo, a necessidade de adaptabilidade do procedimento ao caso concreto, doutrinando Didier Jr. que:

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade, elasticidade* ou *adequação judicial* do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.<sup>73</sup>

O juiz brasileiro, com isso, além do reconhecimento jurisprudencial<sup>74</sup>, advindo da interpretação do art. 97 da Constituição brasileira<sup>75</sup>, de que ele possui competência para a realização do controle incidental de inconstitucionalidade (aquele cuja inconstitucionalidade é apreciada como uma questão precedente, incidental, ao pedido principal)<sup>76</sup>, também ganha a possibilidade de fazer um controle atípico de constitucionalidade para, ao considerar que no caso concreto a norma afronta a Constituição e direitos fundamentais, afastar a aplicação dela, gerando a “derrotabilidade da norma”<sup>77</sup>, fazendo cessar a eficácia dela na relação jurídica

<sup>73</sup> DIDIER JR., Fredie - **Curso de Direito Processual** Civil. v.1. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. 593p. ISBN 857761075-6. p.53-54.

<sup>74</sup> BRASIL - **Reclamação n. 8.163**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Diário da Justiça Eletrônico de 28/11/2011. Brasília: [s.n.], 2011.

<sup>75</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>76</sup> MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William - **Controle de Constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Impetus, 2004. 366p. ISBN 8587002589. p.186.

<sup>77</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro - **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008. 239p. ISBN 9788576602316. p.89.

apreciada em juízo, sem extirpar o comando normativo do ordenamento jurídico como um todo.

Ademais, a instrumentalidade do processo, sob um aspecto positivo, transcende a mera relação dele como instrumento de promoção de direitos materiais das partes para, juntamente com isto, também servir como instrumento a serviço da paz social como um todo, doutrinando Cintra, Grinover e Dinamarco que "O Estado é responsável pelo bem estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada"<sup>78</sup>.

Afirma-se que a instrumentalidade do processo sob o aspecto positivo tem fins mais amplos do que a materialização da paz social entre as partes do processo, vai além para ter como finalidade a execução dos fundamentos da República Federativa do Brasil elencados no início deste item, ou seja, a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

Na perspectiva da instrumentalidade positiva do processo, destaca-se a garantia do acesso à justiça em si, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira<sup>79</sup>, a qual pode ser vista como um macroprincípio posto para, dentre outras coisas, justificar a implantação do que Cappelletti e Garth chamaram de ondas renovatórias do processo, garantindo a assistência judiciária para os pobres, a adequada representação dos interesses difusos e um "novo enfoque" de acesso à justiça, centrado "no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas"<sup>80</sup>.

Ademais, diz-se que a relação entre procedimento e direito material é necessariamente finalista, ela não é formalmente hermética, mas materialmente valorativa. O processo judicial é produção normativa destinada a um fim, que se realiza por intermédio da adequação pelo legislador e adaptabilidade pelo juiz das normas procedimentais à tutela eficaz do direito postulado em juízo.

Cediço que a produção normativa por ato judicial não deve ser meramente declaratória, fazendo-se necessária que se faça acompanhar de meios executivos próprios que

---

<sup>78</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 383p. ISBN 8574209317. p.47.

<sup>79</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>80</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. 168p. ISBN 8588278294. p.67-68.

viabilizem a efetividade da norma. Em decorrência do acesso à justiça na dimensão material, resguarda-se a tutela da mera ameaça do direitos e permite-se, em respeito ao postulado da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição brasileira<sup>81</sup> ou art. 20, 4, da Constituição portuguesa<sup>82</sup>), que se resguarde o bem jurídico deduzido em juízo com medidas cautelares que assegurarão a existência dele ao fim do processo ou mesmo que se entregue a parte o deduzido em juízo antes do provimento final, antecipando-se os efeitos da tutela (arts. 273, 461, 461-A, 798, dentre outros, da Lei brasileira n. 5.869/73<sup>83</sup> ou arts. 300 e 311 da Lei brasileira n.13.105/15, esta a viger em 18 de março de 2016)<sup>84</sup>.

Assim, pode-se dizer que, sob a ótica do processo devido enquanto garantia de atuação, o procedimento de produção normativa deve ser normatizado e faticamente executado como meio instrumentalmente posto em prol da proteção de direitos fundamentais e, de maneira macro, como instrumento positivo em prol da realização dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, feito de forma adequada e adaptada, de maneira que assegure um resultado fático eficaz na tutela jurídica de direitos constitucionalmente reconhecidos, inclusive os direitos fundamentais.

### 1.3 O aspecto negativo da separação de poderes

A previsão da separação das funções de administrar, legislar e fiscalizar as contas, e julgar em três órgãos estatais de sobreposição intitulados "Poderes" cindiu a aptidão de atuação dos agentes estatais por intermédio de um limitador denominado "competência".

O Estado possui como elementos estruturantes a população que o integra, o território que o delimita e o governo que normatiza internamente com supremacia e interage externamente com soberania<sup>85</sup>. Possui personalidade jurídica própria, nos termos do artigo 41

---

<sup>81</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>82</sup> PORTUGAL - **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: [s.n.], 1976. [Consult. em 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

<sup>83</sup> BRASIL - **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

<sup>84</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

<sup>85</sup> CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo - **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 286p. ISBN 9788520344163. p. 48.

da Lei brasileira n. 10.406/02, tendo com isto aptidão para, em nome próprio, ser titular de deveres e obrigações.

O Estado tem com isso personalidade civil diferente dos servidores públicos que integram o quadro de pessoal dele, sendo civilmente responsável de acordo com o estipulado no art. 37, §6º, da Constituição brasileira.

Divide-se o Estado estruturalmente em diversos órgãos, com atribuições próprias com fins de otimização organizacional das funções inerentes ao Estado, tais órgãos não possuem personalidade jurídica própria, antes, são apenas uma opção político-administrativa de quem os instituiu no sentido de que a existência deles permitiria a materialização de forma eficiente de alguma função estatal.

Dentre esses órgãos, foi opção política do constituinte originário da Constituição brasileira de 1988 dividir a organização do Estado brasileiro de forma macroscópica em “Poderes”. Nomeou-se “Poderes” em decorrência de ser possível ao Estado impor de forma suprema comandos normativos sujeitando aqueles que estão no território dele.

O termo competência, para fins jurídicos, corresponde à delimitação da quantidade de poder dada a determinado órgão estatal. Aos “Poderes” se dividiu a competência de maneira que, predominantemente, um poder fique com a função de legislar e fiscalizar as contas públicas, outro com a função de administrar e o último com a função de julgar o eventual descumprimento das normas existentes no Estado. Dividiram-se as competências entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente.

No entanto, essa divisão de competências não atribui aos referidos “Poderes” personalidade jurídica própria, eles continuam a integrar um ser abstrato único, que é o Estado. Os “Poderes” são assim como as demais divisões administrativas meros órgãos do Estado, por isto neste trabalho serão chamados de órgãos de poder.

A peculiaridade estrutural básica desses órgãos de poder decorre do fato deles serem órgãos de cúpula, sobrepostos à maioria dos demais órgãos estatais, com aptidão político-normativa sobre estes.

Porém, a opção da cisão das competências políticas possui uma razão pressuposta, nasce da opção de pulverizar a competência político-decisória entre mais de uma pessoa, evitando-se o absolutismo pessoal (absolutismo antigo), mantendo-se o Estado como poder



absoluto (absolutismo moderno), permitindo que um órgão de poder atue como contrapeso em relação à eventual decisão abusiva do outro órgão de poder.

O primeiro quem tratou da divisão de atribuições foi Aristóteles em 340 a.c., este afirmou que aquele que exercer poder dentro de uma cidade, pode exercer as atribuições de criar a norma geral, de aplicar a norma e de resolver os conflitos de interesses surgido da aplicação da norma, doutrinando Aristóteles:

[...] Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário.<sup>86</sup>

A partir da queda do império romano no ocidente em 476 d.c., em decorrência das invasões bárbaras, houve o surgimento da idade média e uma ruralização da sociedade. Em razão da ida da população para a zona rural, surgiram vários centros de manifestação de poder, o senhor feudal, as corporações de ofício, a igreja e os reis.

Ao fim da idade média, marca-se o surgimento dos Estados-nações na Europa, diante da necessidade de um exército único e de uma moeda única, doutrinando Maquiavel que “Todos os Estados, todos os governos que tiveram ou têm autoridade sobre os homens, foram ou são ou principados ou repúblicas”<sup>87</sup>, frase esta estabelecida como marco temporal do reconhecimento dos Estados-nações.

Em razão da criação dos Estados-nações, os vários centros que manifestavam poder foram unificados em um só ser, o rei, nascendo o absolutismo, concentrando nas mãos do

---

<sup>86</sup> ARISTÓTELES - **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2015. 283p. ISBN 857232459. p.170.

<sup>87</sup> MAQUIAVEL, Nicolau - **O Príncipe**. Brasília: Brasil, [s.d.]. 109p. Domínio Público. p.4. [Consult. em 23 Mar. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=24134](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=24134)>.

governante as funções originalmente identificadas por Aristóteles. Em 1690, Locke afirmou que:

[...] Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tornando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da finalidade da sociedade e do governo.<sup>88</sup>

Em 1748, Montesquieu escreveu o livro “O espírito das leis”, doutrinando que o poder deveria conter o poder e para que isto ocorresse era necessário que as funções - originalmente identificadas por Aristóteles - fossem desempenhadas por Poderes diferentes, doutrinando Montesquieu enquanto analisava a constituição da Inglaterra que "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares"<sup>89</sup>.

Todas as Constituições brasileiras adotaram a divisão orgânica de Montesquieu, com exceção da de 25 de março de 1824, que adotou o poder moderador, ou quarto poder, baseado nos ensinamentos de Benjamin Constant, quem doutrina:

Os três poderes políticos, tais como os conhecemos até aqui - o poder executivo, o legislativo e o judiciário -, são três instâncias que devem cooperar, cada qual em sua parte, com o movimento geral. Mas quando essas engrenagens avariadas se cruzam, se entrechoca, e se bloqueiam, é necessária uma força para repô-las em seu lugar. Essa força não pode estar numa dessas engrenagens mesmas, pois senão ela

---

<sup>88</sup> LOCKE, John - **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2011. 158p. ISBN 8572324941. p.145

<sup>89</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de - **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. 733p. ISBN 9788572326445. p.169.

lhe serviria para destruir as outras. Tem de estar fora, tem de ser de certo modo neutra, para que sua ação se aplique onde quer que seja necessário aplicá-la e para que ela seja preservadora e reparadora sem ser hostil.<sup>90</sup>

Essa divisão orgânica em três órgãos de poder teve como fim conter o exercício despótico por aquele que fosse investido nas funções estatais. Objetivou evitar que caso fosse dado ao indivíduo o poder de ao mesmo tempo criar as normas, as executar e ao fim julgar os conflitos de interesses dela decorrentes, conforme doutrina Montesquieu, acabaria por ganhar o poder de “devastar o Estado com suas vontades gerais; e, como tem também o poder de julgar, pode destruir qualquer cidadão com as suas vontades particulares”<sup>91</sup>.

Depreende-se que a separação orgânica dos poderes possuiu nítida intenção de servir como instrumento de defesa no momento da organização estatal, contra eventuais abusos que o exercente do poder poderia cometer contra direitos fundamentais da população, possuindo assim a natureza de garantia.

O Brasil, na ordem jurídica regida pela Constituição brasileira de 1988<sup>92</sup>, não adotou a teoria da separação estanque dos poderes propriamente dita. A Constituição brasileira estabeleceu um único titular do poder das funções estatais, o povo, ao ditar no no artigo 1º, parágrafo único, que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", sendo o poder inicialmente unitário.

Sucessivamente dita o artigo 2º da Constituição que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"<sup>93</sup>, ao fazê-lo cria constitucionalmente três órgãos estatais postos no gênero Poderes da União, sendo espécies o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, distribuindo a competência destes em regra no “Título IV - Da organização dos poderes”.

Por simetria, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios - estes considerados no Brasil como entes federativos nos termos do artigo 1º, *caput*, da Constituição

---

<sup>90</sup> CONSTANT, Benjamin - **Escritos de Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 315p. ISBN 8533621957. p. 204.

<sup>91</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de - **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. 733p. ISBN 9788572326445. p.169.

<sup>92</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>93</sup> Idem.

brasileira -, atribui-se a mesma divisão de competências entre órgãos de poder, divisão esta que se infere da sistemática organizacional feita pela Constituição brasileira nos artigos 25 e seguintes, com a ressalva de que ao Município não é previsto Poder Judiciário próprio, a serem as questões fáticas da unidade federativa municipal julgada pelo Poder Judiciário dos Estados-membros, com competência derivada estabelecida de acordo com a Constituição de cada Estado-membro.

A independência entre os órgãos de poder estabelece a inexistência de hierarquia entre eles, conforme se pode deduzir do Enunciado n. 649 da Súmula do Supremo Tribunal Federal brasileiro cujo teor estabelece que "É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades"<sup>94</sup>, ou do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal Brasileiro:

É inconstitucional qualquer tentativa do Poder Legislativo de definir previamente conteúdos ou estabelecer prazos para que o Poder Executivo, em relação às matérias afetas a sua iniciativa, apresente proposições legislativas, mesmo em sede da Constituição estadual, porquanto ofende, na seara administrativa, a garantia de gestão superior dada ao chefe daquele Poder. Os dispositivos do ADCT da Constituição gaúcha, ora questionados, exorbitam da autorização constitucional de auto-organização, interferindo indevidamente na necessária independência e na harmonia entre os Poderes, criando, globalmente, na forma nominada pelo autor, verdadeiro plano de governo, tolhendo o campo de discricionariedade e as prerrogativas próprias do chefe do Poder Executivo, em ofensa aos arts. 2º e 84, II, da Carta Magna.<sup>95</sup>

Em continuidade, a divisão de competências feita para os órgãos de poder foi posta de tal forma que, apesar de se identificar funções predominantes no sentido de estabelecer que o

---

<sup>94</sup> BRASIL - **Súmula 649**. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 9/10/2003. Brasília: [s.n.], 2003.

<sup>95</sup> BRASIL - **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 179**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 28/3/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

Judiciário aplique a norma aos conflitos a ele levados, que o Executivo administre o Estado e que o Legislativo fiscalize as contas públicas e elabore as normas, são-lhes outorgadas de maneira não predominante as funções auferidas aos outros poderes.

O Judiciário também pode criar normas ao ter a iniciativa privativa para a elaboração do regimento interno (o qual estabelece normas de organização do Poder e regulamenta procedimentos judiciais), nos termos do artigo 96, I, “a”, da Constituição brasileira<sup>96</sup> e lhe é dado o poder-dever de administrar a si próprio autonomamente, de acordo com o artigo 99 da Constituição brasileira<sup>97</sup>, acerca disto, segue precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Lei 5.913/1997, do Estado de Alagoas. Criação da Central de Pagamentos de Salários do Estado. Órgão externo. Princípio da separação de poderes. Autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário. [...] A ingerência de órgão externo nos processos decisórios relativos à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário afronta sua autonomia financeira e administrativa. A presença de representante do Poder Judiciário na Central de Pagamentos de Salários do Estado de Alagoas (CPSAL) não afasta a inconstitucionalidade da norma, apenas permite que o Poder Judiciário interfira, também indevidamente, nos demais Poderes.<sup>98</sup>

Fato semelhante pode ser atribuído ao Executivo ou ao Legislativo. Ao Legislativo da União, por exemplo, é outorgado o poder-dever de se autoadministrar de forma autônoma e de julgar em processo administrativo o Presidente da República, conforme se depreende do disposto no artigo 52, XIII, da Constituição brasileira, ao estabelecer que compete privativamente ao Senado dispor sobre a organização dele ou, nos termos do artigo 52, I, da Constituição brasileira, processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

---

<sup>96</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> BRASIL - **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.578**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Cármen Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico de 3/4/2009. Brasília: [s.n.], 2009.

Estabelece-se como ressalva a peculiaridade da função de julgar feita pelo órgão de poder Judiciário, pois a este, ao contrário de aos demais órgãos, é atribuído o poder de decisão imbuído das características de impossibilidade de controle externo e aptidão para a coisa julgada material<sup>99</sup>, ditando o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro que:

A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis.<sup>100</sup>

Partindo da premissa de que a separação das competências entre órgãos de poder tem como postulado a não interferência, um não fazer, classificar-se-á isto como aspecto negativo da opção política de separação de poderes.

O processo devido, enquanto garantia instrumental em prol de direitos fundamentais, deve ser realizado de maneira que o desenvolvimento e o resultado dele não atentem contra a opção política originária de divisão de competências entre órgãos de poder, sob pena de o órgão que realizar o ato atentatório, vir a comprometer um fundamento pressuposto de garantia de não abuso pelo Estado, pois ao concentrar no ato estatal realizado competência pertencente a outro órgão, poderia ocorrer em um abuso contra os direitos fundamentais e as estruturas do Estado, dizendo o Supremo Tribunal Federal brasileiro em precedente que:

[...] o postulado da separação de poderes, que impõe o convívio harmonioso entre os órgãos da soberania nacional, atua, no contexto da organização estatal, como um expressivo meio de contenção dos

---

<sup>99</sup> DIDIER JR., Fredie - **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. 593p. ISBN 8577610756. p.73-74.

<sup>100</sup> BRASIL - **Ação Penal n. 470**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário da Justiça Eletrônico de 22/4/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

excessos, que, praticados por qualquer dos Poderes, culminam por submeter os demais à vontade hegemônica de um deles apenas.<sup>101</sup>

Assim, se um órgão de poder interferir de forma abusiva na competência pré-estabelecida a outro órgão de poder, ele afronta uma garantia constitucional posta através da separação de poderes. Sob a perspectiva estrita da separação de poderes na ótica negativa, é inconstitucional ao judiciário processualmente usurpar competências ou, de forma ativa, ordenar “fazeres” aos outros órgãos de poder. Por exemplo, não deve o Judiciário elaborar leis de interesse geral cuja competência legiferante não foi a ele constitucionalmente previamente definida, não deve ele ordenar que o Legislativo legisle acerca de determinada matéria e em determinado prazo quando a Constituição não atribui ao Judiciário esta competência e não deve o judiciário determinar o conteúdo da matéria a ser posta na lei pelo Legislativo. Acerca disto, segue o precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

REMUNERAÇÃO FUNCIONAL REAJUSTE PRETENDIDA  
EXTENSÃO JURISDICIONAL, A SERVIDOR PRETERIDO, DE  
DETERMINADO REAJUSTE SALARIAL INADMISSIBILIDADE  
RESERVA DE LEI E POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE  
PODERES RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO . - O Poder  
Judiciário que não dispõe de função legislativa não pode estender,  
aos servidores públicos, determinado reajuste salarial, somente  
passível de concessão, quanto a eles, mediante lei . - A Súmula 339 do  
Supremo Tribunal Federal que consagra específica projeção do  
princípio da separação de poderes foi recebida pela Carta Política de  
1988, revestindo-se, em consequência, de plena eficácia e de integral  
aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional. Precedentes.<sup>102</sup>

Ramos adverte que o judiciário deve, ao atuar, respeitar os ditames da soberania popular, aplicando as leis, doutrinando que:

---

<sup>101</sup> BRASIL - **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 27931**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 1/4/2009. Brasília: [s.n.], 2009.

<sup>102</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 791.542**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 28/4/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

[...] Apenas um positivismo renovado e reflexivo, apto a integrar as três dimensões básicas do fenômeno jurídico, e adaptado à peculiaridade existente na interpretação-aplicação de normas constitucionais, está em condições de propiciar o ajuste ótimo entre a criatividade inerente e a jurisdição constitucional (lato sensu) e o indispensável acatamento aos princípios do Estado de Direito, dentre eles o da separação dos Poderes, impedindo que o voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso, dos órgãos judiciários acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre.<sup>103</sup>

A respeito dos atos de usurpação abusiva da competência do Executivo pelo Judiciário, este não deve interferir no mérito do ato administrativo, ou seja, na liberdade discricionária de realização de um juízo de valor sobre os elementos motivo (o que leva à prática o ato) e objeto (efeito jurídico imediato) do ato administrativo, desde que estes não estejam vinculados à lei e o motivo já não haja sido previamente declarado pela Administração (teoria dos motivos determinantes), lecionando Meirelles que:

O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério da administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por uma simples mudança de juízo subjetivo - do administrador pelo do juiz - sem qualquer fundamento em lei.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333p. ISBN 9788502085800. p. 316.

<sup>104</sup> MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 798p. ISBN 8574205621. p. 152.



Nesses termos, quando o judiciário extrapola os limites de competência constitucionalmente estabelecidos a ele, comete ato ilícito, configurando verdadeiro ativismo judicial, ao violar a opção normativa do constituinte originário em dividir as competências do Estado em três órgãos de poder, com fins de salvaguardar os direitos da população de eventual abuso proveniente da concentração do poder em um só órgão.

Sucedê que o Estado não possui apenas um dever de abstenção em relação aos direitos fundamentais, sendo a ele atribuído o dever de promoção ativa dos referidos direitos, solicitando que a teoria da separação dos poderes seja readequada de forma tal que ela não seja um fim em si mesma, mas dotada de finalidade intrínseca pautada nos fundamentos do Estado na época em que é empregada, sobretudo os relacionados à proteção de direitos fundamentais, atribuindo-se também à separação de competência entre os órgãos de poder um aspecto ativo, o qual será tratado no Capítulo III deste trabalho.

## CAPÍTULO II - ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL

### 2.1 Microsistema de tutela coletiva

A revolução tecnocientífica do fim do século XX, que ocasionou a consolidação da sociedade de risco<sup>105</sup>, gerou o reconhecimento de uma terceira categoria de direitos fundamentais<sup>106</sup>, relacionada ao valor solidariedade<sup>107</sup>, pugnando-se pela defesa de direitos de titularidade transindividual, a exemplo da proteção do ambiente prevista no artigo 66, 1, da Constituição de Portugal<sup>108</sup> e artigo 225 da Constituição brasileira<sup>109</sup>, o que demandou desenvolvimento de garantias específicas para a proteção destes direitos difusos, como corolário do próprio acesso à justiça.

A título de exemplo, a Constituição de Portugal<sup>110</sup>, no artigo 52, 3, “a”, prevê a possibilidade de propositura de ação popular para promover a tutela do ambiente e do patrimônio cultural (cuja regulamentação infraconstitucional se encontra na Lei portuguesa n. 83/1995 e respectivas alterações<sup>111</sup>), existindo norma semelhante no artigo 5º, LXIII, da Constituição brasileira<sup>112</sup>.

Esta tutela procedimental no Brasil não é feita em um código específico, mas por intermédio da pluralidade de leis que regem a matéria, a exemplo das Leis brasileiras n. 7.347/1985<sup>113</sup> (Ação Civil Pública), n. 4.717/1965<sup>114</sup> (Lei de Ação Popular brasileira), Lei n.

---

<sup>105</sup> BECK, Ulrich - **Sociedade de Risco: Rumo A Uma Outra Modernidade**. São Paulo, 2010. 368p. ISBN 8573264500. p. 7.

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p. ISBN 9788535215618. p. 209.

<sup>107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina: 2010. 1522p. ISBN 9789724021065. p. 386.

<sup>108</sup> PORTUGAL - **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: [s.n.], 1976. [Consult. em 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>

<sup>109</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

<sup>110</sup> PORTUGAL - **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: [s.n.], 1976. [Consult. em 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

<sup>111</sup> PORTUGAL - **Lei n.º. 83/95, de 31 de Agosto**. Diário da República, I Série-A, n. 201 de 31/8/1995. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lisboa: [s.n.], 2010. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=>)>

<sup>112</sup> BRASIL. Op.cit.

<sup>113</sup> BRASIL - **Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985**. Diário Oficial da União de 25/7/1985. Brasília: [s.n.], 1985. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>.

<sup>114</sup> BRASIL - **Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1964**. Diário Oficial da União de 5/7/1965. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>.

8.429/92<sup>115</sup> (Lei de Improbidade Administrativa brasileira) e n. 8.078/1990<sup>116</sup> (Código de Defesa do Consumidor brasileiro).

A inexistência de positivação normativa da tutela jurisdicional coletiva em um único diploma legal importa na existência no Brasil de um microssistema de tutela coletiva composto pelas diversas leis que regem a matéria.

Tem-se o que se denomina de “diálogo das fontes”<sup>117</sup> normativas, funcionando a constituição como elo entre as espécies normativas graças à técnica de sobreinterpretação constitucional<sup>118</sup>.

Exemplifica-se a lacuna existente quanto ao prazo para o exercício da pretensão de reparação coletiva de danos aos consumidores - prazo prescricional - em que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro entendeu que se deve aplicar o prazo de cinco anos previsto no artigo 21 da Lei brasileira n. 4.717/1965<sup>119</sup> em detrimento do prazo geral de 10 anos previsto no artigo 205 da Lei brasileira n. 10.406/2002<sup>120</sup> (Código Civil brasileiro), privilegiando-se o microssistema:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, AÇÃO POPULAR E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MICROSSISTEMA LEGAL. PROTEÇÃO COLETIVA DO CONSUMIDOR. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI 7.347/85. CDC. OMISSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 4.717/65. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Acham-se caracterizadas a similitude

---

<sup>115</sup> BRASIL - Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União de 3/6/1992. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>.

<sup>116</sup> BRASIL - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>

<sup>117</sup> MARQUES, Claudia Lima - Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da EMESE**. Aracaju. EMESE. n.7 (2004). p.15-55. [Consult. em 18 Mai. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/7.pdf>>

<sup>118</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro - **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. Método: São Paulo, 2008. 239p. ISBN 9788576602316. p.81.

<sup>119</sup> BRASIL - Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1964. Diário Oficial da União de 5/7/1965. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>.

<sup>120</sup> BRASIL - Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Diário Oficial da União de 11/1/2002. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>

fático-jurídica e a divergência jurisprudencial entre os arestos confrontados, pois ambos, buscando colmatar a lacuna existente na Lei 7.347/85, no que concerne ao prazo prescricional aplicável às ações civis públicas que visam à proteção coletiva de consumidores, alcançaram resultados distintos. 2. O aresto embargado considera que, diante da lacuna existente, tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no Código de Defesa do Consumidor, deve-se aplicar o prazo prescricional de dez anos disposto no art. 205 do Código Civil. 3. O aresto paradigma (REsp 1.070.896/SC, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO) reputa que, em face do lapso existente na Lei da Ação Civil Pública, deve-se aplicar o prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), tendo em vista formarem um microsistema legal, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor. 4. Deve prevalecer o entendimento esposado no aresto paradigma, pois esta Corte tem decidido que a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, motivo pelo qual a supressão das lacunas legais deve ser buscada, inicialmente, dentro do próprio microsistema. 5. A ausência de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, tanto no CDC quanto na Lei 7.347/85, torna imperiosa a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65). 6. Agravo regimental desprovido.<sup>121</sup>

Tecnicamente, as normas que regem o sistema coletivo se apresentam como leis especiais, por isto na sistemática interpretativa clássica prevalecem sobre as normas gerais existentes na Lei brasileira n. 10.406/2002<sup>122</sup> (Código Civil brasileiro) ou mesmo na Lei

---

<sup>121</sup> BRASIL - **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 995.995/DF**. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça Eletrônico de 9/4/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

<sup>122</sup> BRASIL - **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Diário Oficial da União de 11/1/2002. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>

brasileira n. 5.869/73<sup>123</sup> (Código de Processo Civil brasileiro) ou n. 13.105/2015<sup>124</sup> (novo Código de Processo Civil brasileiro).

Por tais leis especiais tutelarem o mesmo bem jurídico, com legitimados diferentes – como ocorre na defesa do patrimônio público, cujo legitimado é o cidadão na ação popular brasileira ou pode ser o Ministério Público brasileiro na ação civil pública brasileira – reconhece-se a possibilidade de completude analógica entre elas, sendo isto o diálogo das fontes.

Apesar disso, prefere-se posicionamento no sentido de que, a despeito da existência de um microsistema de tutela coletiva, no que diz respeito às normas procedimentais, deve-se privilegiar a aplicação da norma mais benéfica à tutela do direito fundamental envolvido, estando ela prevista no Código de Processo Civil brasileiro ou em norma especial, privilegiando-se a máxima eficácia da aplicação da norma protetiva constitucional, gerando a derrotabilidade da norma especial em relação à norma geral graças à sobreinterpretação constitucional. De forma semelhante, mas limitando a aplicação deste posicionamento dentro do microsistema de tutela coletiva, doutrina Neves:

Prefiro, portanto, o entendimento de que, dentro do microsistema coletivo deve ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutido no processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas. Esse entendimento tem como mérito uma proteção mais efetiva ao direito material coletivo lato sensu, independentemente da espécie de direito e do diploma legal criado pelo legislador para tutelá-lo, porém gera relativa insegurança jurídica por não criar bases objetivas para aferição da norma aplicável ao caso concreto, dependendo sempre da casuística.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> BRASIL - **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

<sup>124</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

<sup>125</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. 503p. ISBN 9788530944612. p.13.

## 2.2 Amplitude da tutela jurisdicional coletiva

A existir um microsistema de tutela coletiva, tem-se uma tutela jurisdicional diferenciada com a finalidade de adequar as normas procedimentais existentes aos direitos por elas tutelados.

Sucedem que a tutela jurisdicional coletiva no Brasil não é restrita aos direitos coletivos, o sistema brasileiro optou politicamente por estabelecer *ope legis* quais direitos deveriam ser tutelados proceduralmente pelo rito da “tutela jurisdicional coletiva”.

A Lei brasileira n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro) estabelece no artigo 81, parágrafo único, que a tutela coletiva será exercida na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conceituando-os:

Lei brasileira n. 8.078/1990 – Artigo 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>126</sup>

Percebe-se que houve opção legislativa brasileira no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos de estender a esta categoria de direitos individuais a possibilidade de

---

<sup>126</sup> BRASIL - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União de 12/9/1999. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>

os tutelar pelo procedimento jurisdicional coletivo, assim, os direitos individuais homogêneos seriam direitos individuais coletivamente tratados.

Em continuidade, existe a previsão no artigo 127, *caput*, da Constituição brasileira<sup>127</sup> no sentido de que compete ao Ministério Público brasileiro a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, esta previsão constitucional se apresenta como limitadora à legitimidade ativa do Ministério Público brasileiro para a hipótese, quem somente poderá deflagrar a ação quando tais direitos forem indisponíveis ou apresentarem interesse social, manifestando-se a este respeito o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, *caput*, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de

---

<sup>127</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput).  
IV. - R.E. não conhecido.<sup>128</sup>

Cediço que o preceito normativo relacionado à expressão “interesse social” é extremamente aberto, dando margens para ampla interpretação, todavia, o Supremo Tribunal Federal brasileiro apresenta balizas interpretativas para a identificação do surgimento do interesse social na defesa da causa, surgindo este quando a lesão além de atingir a esfera jurídica dos titulares do direito, compromete valores jurídicos superiores cuja preservação é importante à comunidade, conforme dita precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro a respeito do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT), previsto no artigo 20 do Decreto-lei brasileiro n. 73/1966:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. [...] 4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender interesses sociais. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos

---

<sup>128</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 195.056/PR**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Velloso. Diário da Justiça de 30/5/2003. Brasília: [s.n.], 2003.



homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º) [...].<sup>129</sup>

No entanto, se por um lado se interpreta o artigo 127, *caput*, da Constituição brasileira<sup>130</sup> de maneira a restringir a legitimidade do Ministério Público para propor demanda sob o rito da tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos às hipóteses em

---

<sup>129</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 631.111**. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki. Diário da Justiça Eletrônico de 30/10/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

<sup>130</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

que tais direitos forem indisponíveis ou possuírem relevância social, de outra forma se amplia a legitimidade do Ministério Público para que, mesmo nas hipóteses de direitos subjetivos individuais propriamente ditos (não considerados de maneira homogênea), permita-se ao Ministério Público atuar em prol de uma única pessoa através das ações de tutela jurisdicional coletiva, a exemplo do previsto no artigo 74, I, da Lei brasileira n. 10.741/2003<sup>131</sup> (Estatuto do Idoso brasileiro); artigo 201, V da Lei brasileira n. 8.069/1990<sup>132</sup> (Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro) ou, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a permitir que o Ministério Público proponha ação civil pública para pedir medicamentos em prol de único indivíduo, diante da indisponibilidade do direito à saúde:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIA ADEQUADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PESSOA DETERMINADA. HIPOSSUFICIENTE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. <sup>133</sup>

Todavia, acompanha-se o posicionamento de Neves<sup>134</sup>, quem critica a amplitude dada à tutela jurisdicional coletiva pela jurisprudência, dizendo que para que as ações coletivas sejam estendidas a direitos individuais, é necessário haver prévia previsão legal, logo, salvo nas hipóteses em que se está em defesa do idoso, criança ou adolescente, não seria adequado propor ações com o rito da tutela coletiva, mas ações que seguissem o rito destinado à tutela individual propriamente dita.

---

<sup>131</sup> BRASIL - **Lei n. 10.741, de 1º de Outubro de 2003**. Diário Oficial da União de 3/10/2003. Brasília: [s.n.], 2003. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>

<sup>132</sup> BRASIL - **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União de 16/7/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>

<sup>133</sup> BRASIL - **Recurso Especial n. 993.343**. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Humberto Martins. Diário da Justiça Eletrônico de 8/11/2012. Brasília: [s.n.] 2013.

<sup>134</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. 503p. ISBN 9788530944612. p.164.

## 2.3 Princípios do processo devido coletivo

### 2.3.1 Acesso à ordem jurídica coletiva efetiva

Corolário do princípio do acesso à justiça, este princípio costuma ser nomeado como acesso à ordem jurídica “justa”<sup>135</sup>, no entanto, ainda que sob uma perspectiva macro seja possível correlacionar a idéia de justiça com a proteção de direitos fundamentais, em uma dimensão microscópica - aplicação do conceito de justiça ao caso concreto – o conceito se torna extremamente maleável e impreciso, sobretudo diante da inaplicabilidade da subsunção estrita nas hipóteses de antinomias jurídicas impróprias, como ocorre na colisão de princípios.

Almeja-se, através desse princípio, a racionalização da prestação jurisdicional, privilegiando-se a igualdade de tratamento entre os lesados, em prol da segurança jurídica<sup>136</sup>, pretende-se, conforme doutrina Neves, "tornar concreta e efetiva a promessa constitucional por meio de um sistema processual que realmente tutele direitos lesionados ou ameaçados de lesão"<sup>137</sup>, motivo pelo qual se opta por o conceituar como princípio da ordem jurídica efetiva, ao encontro do disposto no artigo 20 da Constituição de Portugal e ao artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira na dimensão material.

Trata-se da materialização de uma onda renovatória<sup>138</sup> apta a tutelar adequadamente os direitos coletivos (em sentido amplo) e individuais (que solicitam procedimento diferenciado), no qual se assegure o pleno acesso ao Estado-juiz por parte dos sujeitos envolvidos no problema, adotando-se atos materiais aptos a proteger o direito envolvido na questão.

Pressupõe acesso por intermédio de legitimados adequados, procedimento como um todo adaptável ao caso concreto e execução das decisões de forma efetiva. Percebe-se com isto que o princípio do acesso à ordem jurídica coletiva efetiva é um macro princípio que

---

<sup>135</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini - Direito processual coletivo. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). **Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006, 308p. ISBN 9788522442324. p. 302-308.

<sup>136</sup> LEITE, Maria Oderlânia Torquato; SILVA, Maria Coeli Nobre da - O Microsistema do Processo Coletivo e a Tutela dos Direitos Repetitivos: Meios de Racionalização das Decisões Judiciais. **Processos Coletivos**. ISSN 2176-1795. v. 7, n. 1. (Jan./Mar 2016). [Consult. em 2 Jan. 2016]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/69-volume-7-numero-1-trimestre-01-01-2016-a-31-03-2016/1688-o-microsistema-do-processo-coletivo-e-a-tutela-dos-direitos-repetitivos-meios-de-racionalizacao-das-decisoes-judiciais>>

<sup>137</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. 503p. ISBN 9788530944612. p.72

<sup>138</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan - **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, 168p. ISBN 8588278294. p.49.

amalgama as dimensões materiais do instituto da legitimidade e do princípio da adequação procedimental dos processos de conhecimento e execução.

Assim, reconhecendo a necessidade de um regime diferenciado para a tutela coletiva, Didier Jr. e Zaneti Jr.<sup>139</sup> ao tratar do devido processo legal coletivo subdivide este nos princípios da adequada representação, da adequada certificação, da competência adequada e da coisa julgada diferenciada.

### 2.3.2 *Legitimação adequada*

Almeja-se que o legitimado, ativo ou passivo, represente adequadamente a classe, grupo ou categoria.

Na tutela individual o tema é regido pela regra da legitimação ordinária no qual se estabelece que ninguém poderá demandar em juízo, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, regra esta prevista no artigo 6º da Lei brasileira n. 5.869/1973<sup>140</sup>, artigo 18 da Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>141</sup> e artigo 30º da Lei portuguesa n. 41/2013<sup>142</sup>.

As ações coletivas representam hipótese em que se defende em nome próprio interesse alheio, motivo pelo qual este legitimado deve ser escolhido adequadamente a representar os interesses dos substituídos.

Cappelletti e Garth doutrinam que essa representação pode ocorrer por intermédio de ação governamental<sup>143</sup>, na qual o próprio Estado exerce a defesa dos direitos coletivos; através da técnica do Procurador-Geral Privado<sup>144</sup> em que um “demandante ideológico” particular postula em nome próprio ações coletivas; e utilizando-se a técnica do Advogado

---

<sup>139</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p.102.

<sup>140</sup> BRASIL - **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>

<sup>141</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>

<sup>142</sup> PORTUGAL - **Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho**. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Diário da República, 1ª série, n. 121, 26/6/2013. Lisboa: [s.n.], 2013 [Consult. em 10 Jun. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis)>

<sup>143</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1988. 168p. ISBN 8588278294. p.51.

<sup>144</sup> Ibidem. p.55.

Particular do Interesse Público<sup>145</sup>, quando as associações e outros grupos organizados ganham legitimidade para a defesa dos direitos coletivos.

Todavia, considerando-se a realidade brasileira e que as ações coletivas no Brasil servem também para a defesa de direitos individuais, prefere-se a classificação adotada por Araujo, quem doutrina que a representação nas ações coletivas pode ocorrer por: “(i) a atuação governamental - os entes políticos, as entidades da administração indireta e a Defensoria Pública; (ii) a atuação do Ministério Público; (iii) a atuação dos entes intermediários - as associações e os sindicatos; e (iv) a atuação dos indivíduos”<sup>146</sup>.

A análise da adequada legitimidade coletiva no Brasil se dá em dois momentos, primeiro abstratamente pelo legislador e posteriormente pelo judiciário, quem analisa se o sujeito ativo possui interesse e se as finalidades dele guardam pertinência temática com a questão, doutrinando Didier Jr. e Zaneti Jr. que :

Primeiramente, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela<sup>147</sup>.

O microsistema de tutela coletiva brasileiro apresenta amplo rol de legitimados para a propositura da ação coletiva, no entanto este rol previamente estabelecido pela lei não é intercambiável entre as ações coletivas, assim, a título de exemplo, o cidadão no pleno gozo dos direitos políticos é legitimado para propor ação coletiva por intermédio do rito previsto para a Ação Popular brasileira, nos termos do artigo 1º da Lei n. 4.717/1965<sup>148</sup>, enquanto que

---

<sup>145</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1988. 168p. ISBN 8588278294. p.56.

<sup>146</sup> ARAUJO, Rodrigo Mendes de - **A Representação Adequada nas Ações Coletivas**. Salvador: JusPODIVM, 2013. 276p. ISBN 978857761861-3. p.128.

<sup>147</sup> DIDIER JR., Fredi; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p.188.

<sup>148</sup> BRASIL - **Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1964**. Diário Oficial da União de 5/7/1965. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>.

este mesmo cidadão não é legitimado para a propositura Ação Civil Pública brasileira, por não estar previsto no rol taxativo do artigo 5º da Lei brasileira n. 7.347/1985<sup>149</sup>.

O interesse prático disso está no fato de que o objeto da Ação Popular brasileira, cujo cidadão é legitimado, restringe-se à declaração de invalidade de atos lesivos ao patrimônio público, enquanto que o objeto da Ação Civil Pública brasileira - cujo cidadão não é legitimado - é mais amplo, englobando, por exemplo, qualquer direito difuso ou coletivo, restringindo com isto a legitimidade do cidadão na defesa de direitos difusos.

Entende-se que melhor seria a criação de uma norma geral da tutela coletiva estabelecendo previamente um rol único de legitimados para todas as ações (baseando-se no diálogo das fontes entre as diversas normas), para posteriormente o judiciário caso a caso analisar a pertinência temática, aos moldes do disposto no Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antonio Gidi<sup>150</sup>, no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América<sup>151</sup> e no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP/IBDP e da UERJ/Unesa<sup>152</sup>.

Sob essa perspectiva, o legislador brasileiro, ao elaborar o novo Código de Processo Civil do Brasil, Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>153</sup> a viger a partir de 18 de março de 2015, perdeu a oportunidade de se inspirar no disposto no artigo 31º da Lei portuguesa n. 41/2013, que dita a respeito das ações para a tutela de interesses difusos que:

Lei portuguesa n. 41/2013 - Artigo 31 Têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à

---

<sup>149</sup> BRASIL - **Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985**. Diário Oficial da União de 25/7/1985. Brasília: [s.n.], 1985. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>.

<sup>150</sup> GIDI, Antônio - Código de Processo Civil Coletivo. Um Modelo para Países de Direito Escrito. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. N. 111. Ano 28. (Jul./Set. 2003). p. 192-208. [Consult. em 25 Ago. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947207](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947207)>.

<sup>151</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini - Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. **Universo Jurídico**. Juiz de Fora: Universo Jurídico. ISSN 2177-028X. Ano XI (06 de jun. de 2005). [Consult. em 25 Ago. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2128/codigo\\_modelo\\_de\\_processos\\_coletivos\\_para\\_iberamerica](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2128/codigo_modelo_de_processos_coletivos_para_iberamerica)>.

<sup>152</sup> ARAUJO, Rodrigo Mendes de - **A Representação Adequada nas Ações Coletivas**. Salvador: JusPODIVM, 2013. 276p. ISBN 978857761861-3. p. 244.

<sup>153</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.<sup>154</sup>

### *2.3.3 Princípio da certificação adequada*

No direito brasileiro não existe uma fase própria das ações coletivas em que o juiz, analisando as características das partes envolvidas, expressamente declara que se trata de uma ação coletiva, definindo se quem propôs a demanda é um dos legitimados adequados e se o resultado das decisões proferidas naquela ação se estenderão ao grupo substituído, não obstante os indivíduos substituídos não estejam pessoalmente como sujeitos do processo (extensão da eficácia da coisa julgada).

Para fins de evitar insegurança jurídica, é importante que o juiz se valha dos instrumentos ainda existentes na tutela individual brasileira, como por exemplo da fase de saneamento do processo<sup>155</sup> - destinada dentre outras coisas à fixação dos pontos controversos com definição das provas a serem feitas na próxima fase, a de instrução - para definir expressamente que se trata de uma ação cujas consequências estão regidas pelas normas próprias das ações coletivas.

Didier Jr. e Zaneti Jr.<sup>156</sup> sugerem que seja também aplicado o disposto no artigo 17, §7º, da Lei brasileira n. 8.429/1992<sup>157</sup>, Lei brasileira da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, a qual prevê uma fase de “defesa prévia” antes do recebimento da ação.

Não obstante se ache necessário e importante uma fase preliminar de delimitação da causa de pedir com certificação da natureza da lide e apuração da legitimação adequada, com o devido respeito aos autores, entende-se que o art. 17 da Lei brasileira n. 8.429/1992 não

---

<sup>154</sup> PORTUGAL - **Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho**. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Diário da República, 1ª série, n. 121, 26/6/2013. Lisboa: [s.n.], 2013 [Consult. em 10 Jun. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis)>

<sup>155</sup> DIDIER JR., Fredi; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p.188.

<sup>156</sup> *Ibidem*. p.13.

<sup>157</sup> BRASIL - **Lei n. 8.429, de 3 de julho de 1992**. Diário Oficial da União de 3/6/1992. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>.

deve ser utilizado como exemplo, ao contrário, defende-se inclusive a extirpação dele do ordenamento brasileiro.

Zavascki<sup>158</sup> doutrina que o referido artigo foi inspirado no artigo 514 do Decreto-lei brasileiro n. 3.689/1941<sup>159</sup> (Código de Processo Penal brasileiro), em virtude da natureza híbrida da ação, a qual seria apta à imposição de pena e ao pedido de ressarcimento de eventual dano. Com o devido respeito, na ação de improbidade não há penas, estas são restritas ao direito penal, estando previstas no artigo 32 do Decreto-lei brasileiro n. 2.848/1940<sup>160</sup> (Código Penal brasileiro), havendo na lei de improbidade mera sanção civil.

A lei reitora da ação de improbidade apresenta dispositivo normativo desproporcional por prever um benefício procedimental não estendido àqueles que não são funcionários públicos em outros procedimentos, violando o princípio da igualdade. O art. 17, §7º, da Lei brasileira n. 8.429/1992<sup>161</sup>, apresenta critério desproporcional que, ao afrontar por lei infraconstitucional princípio constitucional, é eivado de inconstitucionalidade, consubstanciando-se não em prerrogativa funcional, mas em verdadeiro privilégio de oligarquias institucionais.

A importância da discussão para fins práticos está no fato de que o referido dispositivo faz com que somente haja o “recebimento” da ação - consequentemente interrompendo os efeitos da prescrição - após a aludida defesa preliminar, sob pena de nulidade<sup>162</sup>, a qual acaba por possuir o conteúdo repetido na contestação oportunizada após o recebimento da ação (assegurando-se o contraditório pleno), apenas gerando lentidão processual, permitindo que o réu trabalhe com a morosidade do processo para conseguir a impunidade através dos efeitos da prescrição.

---

<sup>158</sup> ZAVASCKI, Teori Albino - **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 272p. ISBN 978852033541. p.123.

<sup>159</sup> BRASIL - **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União de 13/10/1941. Brasília: [s.n.], 1941. [Consult. em 13 Nov. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>.

<sup>160</sup> BRASIL - **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União de 31/12/1940. Brasília: [s.n.], 1940. [Consult. em 13 Nov. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

<sup>161</sup> BRASIL - **Lei n. 8.429, de 3 de julho de 1992**. Diário Oficial da União de 3/6/1992. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>.

<sup>162</sup> BRASIL - **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.151.010/RJ**. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Maia Filho. Diário da Justiça Eletrônico de 30/8/2013. Brasília: [s.n.], 2013.



### 2.3.4 Princípio da competência adequada

Mendes<sup>163</sup> doutrina que competência das ações coletivas no Brasil é regida pelo disposto no artigo 93 da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>164</sup> (Código de Defesa do Consumidor brasileiro), o qual dita:

Lei brasileira n. 8.078/90 - Artigo 93 - Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Grinover [et al.]<sup>165</sup> doutrina que esse artigo estabelece como foro competente o do lugar do resultado da conduta, com fins de facilitar o acesso à justiça e à produção probatória, prevendo-se uma hipótese excepcional de competência territorial absoluta, não derogável pela convenção das partes.

Assim, primeiro deve-se identificar qual a justiça competente, se estadual ou federal (esta comum ou trabalhista), havendo interesse da União a causa será processada pela Justiça Federal comum<sup>166</sup>, nos termos do artigo 109 da Constituição brasileira<sup>167</sup> ou na Justiça Federal do Trabalho se o tema for afeto à relação de trabalho nos termos do artigo 114 da Constituição brasileira<sup>168</sup>, nas demais hipóteses em que não for da competência da justiça federal, a competência será da justiça estadual.

---

<sup>163</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro - **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 379p. ISBN 9788520335437. p.237.

<sup>164</sup> BRASIL - **Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>165</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1.162p. ISBN 8521803532. p.877.

<sup>166</sup> BRASIL. **Recurso Extraordinário n. 228.955-9/RS**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ilmar Galvão. Diário da Justiça de 10/2/2000. Brasília: [s.n.], 2000.

<sup>167</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>168</sup> Idem.

O artigo 93 da Lei n. 8.078/90<sup>169</sup> dita que quando o dano for de âmbito local, será competente o foro do lugar do dano, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, será competente o juízo da capital do Estado ou do Distrito Federal.

Venturi<sup>170</sup> apresenta críticas à redação adotada para a fixação de competência da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, explicando que a divisão político-administrativa adotada pelo Brasil - que dividiu os Entes federativos em União, Estados, Distrito Federal e Municípios - não guarda correlação com a divisão estrutural dos órgãos do Poder Judiciário, no sentido de que um juiz estadual pode ter jurisdição sobre mais de uma comarca, englobando diversos Municípios, logo, não está preciso se a lei, ao se referir a dano regional, está relacionando a competência a mais de uma comarca ou a mais de um Município ou a mais de um Estado-membro. No mesmo sentido, não indica o que seria precisamente um dano nacional, podendo ser interpretado como um dano ocorrido em um único Município, mas cuja repercussão teria interesse nacional, um dano ocorrido em mais de um Estado-membro ou mesmo um dano ocorrido em todo o território nacional.

Dessa forma, a respeito dos danos de âmbito nacional, Grinover [et al.]<sup>171</sup> defende que a competência deve ser exclusiva no Distrito Federal com fins de facilitar a defesa do réu e trazendo maior certeza acerca de qual juízo competente, isto, em tese, evitaria o “forum shopping”, acerca do qual doutrina Didier Jr.:

O autor, diante dessas opções, exercita aquilo que já se denominou como forum shopping: a escolha do foro pelo demandante. Escolher o foro dentre aqueles em tese competentes é direito potestativo do autor. Há várias razões para a escolha, mas a principal parece ser a existência de diferença nas regras de direito material ou processual entre os diversos foros, fato muito freqüente nos casos de competência internacional e em federações como a estadunidense, em que a competência legislativa do Estado-membro é bem extensa. [...]

---

<sup>169</sup> BRASIL - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>170</sup> VENTURI, Elton - A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, coord. - **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 464p. ISBN 9788520330319. p.99.

<sup>171</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] - **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1.162p. ISBN 8521803532. p.877.

É absolutamente natural que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé.<sup>172</sup>

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro definiu que se considera dano de âmbito nacional aquele que atinge todo o país, ademais, estabeleceu que o artigo 93, II, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>173</sup> apresenta hipótese de competência concorrente, sendo facultativo ao autor da ação escolher entre as capitais estaduais do Brasil ou o Distrito Federal deste, havendo mais de uma ação proposta a respeito do mesmo tema em mais de uma capital, a competência será firmada pela prevenção (àquele que realizou a primeira citação válida nos termos do artigo 219 da Lei brasileira n. 5.869/1973<sup>174</sup>, ou onde ocorreu o primeiro registrou ou a primeira distribuição, nos termos do artigo 59 da Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>175</sup>), conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS PROMOVIDAS CONTRA A ANEEL. DISCUSSÃO ACERCA DA METODOLOGIA DE REAJUSTE TARIFÁRIO. LEI Nº 7347/85. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONEXÃO. [...] 11. Em razão do disposto no artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor, tendo em vista sua comodidade na defesa dos interesses transindividuais lesados e o mais eficaz acesso à Justiça,

---

<sup>172</sup> DIDIER JR. Fredie - **Editorial 167**. 4/4/2013. Salvador: [s.n.], 2013. [Consult. em 23 Mar. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/page/3/>>.

<sup>173</sup> BRASIL - **Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>174</sup> BRASIL - **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

<sup>175</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

uma vez que "não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal" (CC 17533/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/09/2000, DJ 30/10/2000, p. 120).

12. No presente caso, como já visto, o dano atinge todo país, tendo sido apresentadas várias ações idênticas em foros concorrentes (Capitais de Estados e Distrito Federal). Dessa forma, a prevenção deverá determinar a competência.<sup>176</sup>

Na hipótese de dano de âmbito local, conjuga-se a norma do artigo 93, I, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>177</sup> com o artigo 2º da Lei brasileira n. 7.347/90<sup>178</sup>, o qual também dita que a ação será proposta no foro onde ocorrer o dano, havendo tendência jurisprudencial no sentido de que dano local é aquele que abrange no máximo a circunscrição de um Município<sup>179</sup>.

Com relação ao dano regional, concorda-se com Venturi no sentido de que não está expresso se este dano seria envolvendo uma região geo-econômica (região norte, sul, sudeste, nordeste, centro-oeste), se seria aquele envolvendo mais de um Estado-membro, se seria aquele envolvendo a integralidade do território de um Estado-membro ou se seria aquele envolvendo o território de mais de um Município. Porém, entende-se que estas hipóteses não são excludentes, sendo todas elas exemplos de danos regionais, atraindo o disposto na norma de competência estabelecida no artigo 93, II, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> BRASIL - **Conflito de Competência n. 126.601/MG**. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Diário da Justiça Eletrônico de 5/12/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

<sup>177</sup> BRASIL - **Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>178</sup> BRASIL - **Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985**. Diário Oficial da União de 25/7/1985. Brasília: [s.n.], 1985. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>.

<sup>179</sup> BRASIL - **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Conflito de Competência n. 113.788/DF**. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Diário da Justiça eletrônico de 23/11/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

<sup>180</sup> BRASIL - **Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

Porém a interpretação literal do disposto no art. 93, II, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>181</sup>, no que diz respeito ao dano regional, poderá trazer sérios problemas inclusive para o direito de defesa das partes, fazendo-se necessário possibilitar ao juiz que controle a sua própria competência (*Kompetenzkompetenz*), no sentido de analisar se a competência dele, dentre as outras varas concorrentemente competentes, é adequada para julgar a demanda coletiva, nascendo o princípio da competência adequada, doutrinando Didier Jr. e Zaneti Jr. a respeito:

O princípio da competência adequada poderia ser reduzido, pois, ao seguinte enunciado normativo: “competência adequada: nas demandas coletivas a competência territorial concorrente é absoluta e será fixada pela prevenção; nada obsta, entretanto, que em face de outro foro competente seja modificada a competência quando este se revele mais adequado a atender aos interesses das partes ou às exigências da justiça em geral.”<sup>182</sup>

Assim, envolvendo o dano de âmbito regional mais de um Estado, poderia o juiz prevento declinar a competência em favor de um juízo da comarca de outra capital, igualmente competente, com fins de possibilitar o acesso à justiça.

Curiosa, no entanto, é a hipótese do dano “regional” que envolve mais de um Município de um mesmo Estado. Seguindo o dispositivo literal da lei, o foro competente seria o da Capital do Estado. Todavia, esta interpretação, desvinculada da análise do caso concreto, poderia afrontar outros direitos constitucionais como o contraditório e o acesso à justiça.

Para isso, basta imaginar um dano ambiental ocorrido nos Municípios vizinhos de Tabatinga, Benjamin Constant e São Paulo de Olivença, Municípios estes pertencentes ao Estado brasileiro do Amazonas, estando Tabatinga, por exemplo, à 1.108 quilômetros da capital em linha reta (ou a 1.573 quilômetros de distância fluvial)<sup>183</sup>, estando tanto os afetados pelo dano quanto o causador do dano domiciliados nos referidos Municípios. Seria injustificável que a ação fosse proposta na capital do Estado, Manaus, o que dificultaria o

---

<sup>181</sup> Idem.

<sup>182</sup> DIDIER JR., Fredi; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p.106.

<sup>183</sup> ASSOCIAÇÃO AMAZONENSE DE MUNICÍPIOS - **Distância dos Municípios em Relação à Capital Manaus**. [S.l.:s.n.][19—?]. [Consult. em 12 Out. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://portal.cnm.org.br/sites/8100/8133/Distancia\\_dos\\_Municipios\\_em\\_relacao\\_a\\_cap.pdf](http://portal.cnm.org.br/sites/8100/8133/Distancia_dos_Municipios_em_relacao_a_cap.pdf)>.

acesso por parte do réu e comprometeria inclusive a produção probatória pelos autores da ação.

Pioneiramente o Tribunal Superior do Trabalho, alterando o posicionamento em 14/9/2012, passou a entender que nestas hipóteses o foro não seria o da capital, mas haveria concorrência entre as varas do local do dano (derrogando jurisprudencialmente o disposto na redação literal do artigo 93, II, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>184</sup>), estabelecendo, por intermédio da Orientação Jurisprudencial n. 130, da Seção de Dissídios Individuais II, que na hipótese de concorrência de Municípios, o foro não seria o da capital, mas o do juízo do trabalho existente nos Municípios, conforme segue:

TST - SDI II - OJ n. 130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI Nº 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída.<sup>185</sup>

Assim, considerando o princípio da competência adequada, sugere-se inclusive uma alteração normativa com fins de unificar os dispositivos e por fim divergências. Entende-se que seria extremamente útil a edição de um dispositivo normativo que estabelecesse:

---

<sup>184</sup> BRASIL - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>185</sup> BRASIL - Orientação Jurisprudencial n. 130. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais II. Diário da Justiça de 25/9/2012. Brasília: [s.n], 2012. [Consult. em 17 Abr. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S6\\_121.htm#tema130](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_121.htm#tema130)>.

A competência jurisdicional coletiva é determinada pelo local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano: I - Na hipótese de dano de abrangência nacional, sendo ele o que afete todo o país, a competência será concorrente de qualquer das capitais dos Estados ou do Distrito Federal; II - na hipótese de dano de abrangência local, sendo ele o que afete no máximo o território de um Município, a competência será do juízo competente para a comarca afetada; III - na hipótese de dano regional, envolvendo a integralidade do território de mais de um Estado ou envolvente a destes e do Distrito Federal, a competência será concorrente do juízo da capital do Estado ou do Distrito Federal, ainda que a Capital do Estado não seja sede do Tribunal; IV - na hipótese de dano envolvendo mais de um Município a competência será concorrente entre os juízos competentes nos Municípios, ainda que vinculados a Tribunais distintos. §1º - Havendo juízos concorrentes, a competência será firmada pela prevenção de acordo com o processo civil ordinário; §2º - o juízo prevento poderá declinar a competência para outro juízo concorrentemente competente, caso fundamentadamente entenda que o processamento da causa na comarca dificultará o acesso à justiça e a produção probatória de qualquer das partes; §3º - o juízo prevento na hipótese do inciso IV, caso constate que há excessiva pluralidade de Municípios, poderá declinar a competência para o juízo da capital, caso constate que isto possibilitará o acesso à justiça e a melhor produção probatória de qualquer das partes.

#### *2.3.5 Princípio da coisa julgada diferenciada*

A coisa julgada é atributo da decisão correlacionado ao valor segurança jurídica, possui como efeito necessário o impedimento de se inovar procedimentalmente na fase onde a decisão é prolatada (coisa julgada formal) e efeito possível a solução da questão material

levada à juízo de maneira definitiva (coisa julgada material). Em outras palavras, a coisa julgada tem aptidão de estabelecer o efeito preclusivo máximo no processo.

A versar acerca da imutabilidade formal ou material, a coisa julgada propriamente dita é relegada ao órgão de poder responsável por dar a última palavra acerca da aplicação da norma jurídica ao caso concreto e ao órgão responsável pelo exercício do controle constitucional em abstrato, em países onde se considera que a constituição é norma jurídica hierarquicamente superior. No Brasil, em ambos os casos, estas funções são atribuídas ao Poder Judiciário, motivo pelo qual a coisa julgada propriamente dita é atributo exclusivo da jurisdição no Brasil.

O regime jurídico da coisa julgada tende a guardar correlação com os limites da própria demanda, uma vez que estes, ao serem definidos principalmente na petição inicial, representam o projeto da sentença que terá o atributo da coisa julgada.

Nesses termos, na petição inicial está, em regra, o limite subjetivo (as partes) e o limite objetivo (a causa de pedir e o pedido), a causa de pedir será analisada na fundamentação da sentença, o pedido no dispositivo da sentença e as partes terão as condutas procedimentais tratadas no relatório, o status jurídico analisado na fundamentação e a atribuição da norma individual da decisão estabelecida no dispositivo da sentença.

Com isso, refletindo os limites subjetivos e objetivos da demanda na decisão, as definições de partes, causa de pedir e pedido, tendem a ser a resposta respectivamente acerca de a quem a coisa julgada se aplica, o modo como ela será produzida e o que se submete aos efeitos dela, delimitando o regime jurídico da coisa julgada<sup>186</sup>.

No procedimento civil ordinário no Brasil, a regra é de que o pedido será tratado no dispositivo da sentença, e somente este se submete à coisa julgada, representando isto o limite objetivo desta. Ressalva-se a inovação trazida no artigo 503, §1º, da Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>187</sup>, quando determinadas questões prejudiciais decididas no processo (não inicialmente postas no pedido) terão a aptidão de sobre elas incidir a coisa julgada material,

---

<sup>186</sup> DIDIER JR., Fredi; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p. 333.

<sup>187</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.



algo que não era possível na Lei brasileira n. 5.869/1973<sup>188</sup> em favor da boa técnica, sendo superada em prol da economia procedimental.

No entanto, com fins de evitar tumulto processual, acerca da norma prevista no artigo 503, §1º, da Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>189</sup>, entendemos que quando ela iniciar a vigência, a questão prejudicial deverá continuar sendo decidida estruturalmente no dispositivo da sentença, assegurando-se a informação prévia pelo magistrado de que sobre aquele ponto que se está a decidir recairá os efeitos da coisa julgada.

Todavia, esse não é o posicionamento majoritário do Fórum Permanente de Processualistas Civis no Brasil, conforme se depreende do Enunciado 438 que dita que: “(art. 503, §1º) É desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada.”<sup>190</sup>

Em relação ao procedimento jurisdicional coletivo, esta regra acerca do limite objetivo da coisa julgada é repetida, assim, o limite objetivo da coisa julgada deverá recair sobre uma das facetas do limite objetivo da demanda, ou seja, do pedido, e com a vigência da Lei brasileira n. 13.105/2015, recairá também sobre questões prejudiciais decididas de forma expressa e incidentalmente no processo, nos termos do art. 503, §1º, da Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>191</sup>, desde que concomitantemente: a) o julgamento do mérito dependa do julgamento da questão (questão prejudicial); b) houver contraditório prévio e efetivo; c) o juízo for competente para julgar a questão prejudicial e a principal.

Dentre as questões práticas nas quais o referido tema pode ser aplicado no procedimento jurisdicional coletivo, está a questão da possibilidade ou não de se pedir por intermédio de ação coletiva propriamente dita a inconstitucionalidade de determinado ato normativo.

Explica-se que no Brasil, quanto ao aspecto orgânico, há tanto a possibilidade de controle concentrado quanto difuso da constitucionalidade da lei.

---

<sup>188</sup> BRASIL - Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

<sup>189</sup> BRASIL - Lei n. 13.105..., Op.cit.

<sup>190</sup> FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS - Carta de Vitória: Enunciados do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. 1º Mai. 2015. Vitória: [s.n.], 2015. [Consult. em 4 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>>.

<sup>191</sup> BRASIL - Lei n. 13.105..., Op.cit.

Na primeira hipótese, o controle é concentrado nos Tribunais, tendo estes competência originária para a decisão de determinadas matérias possuindo como parâmetro a Constituição do Brasil ou a Constituição dos Estados-membros da federação, conforme o caso. A estes órgãos de controle concentrado de constitucionalidade é possível, quanto ao aspecto formal, o exercício do controle em abstrato da constitucionalidade da norma (a exemplo do rito da Ação Direta de Inconstitucionalidade prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição brasileira<sup>192</sup>, cuja competência é concentrada no Supremo Tribunal Federal brasileiro) e o controle em concreto da constitucionalidade da norma (como por exemplo o Mandado de Segurança contra ato do Presidente da República, cuja competência é concentrada no Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos termos do art. 102, I, “d”, da Constituição brasileira<sup>193</sup>).

Na hipótese do controle concentrado-abstrato, a inconstitucionalidade da norma está no pedido da inicial, sendo espelhada no dispositivo da decisão, a qual, através do atributo da coisa julgada, trará o efeito da imutabilidade sobre a questão decidida. No entanto, na hipótese do controle concentrado-concreto, a constitucionalidade não estará presente no pedido, neste deverá constar a anulação do ato administrativo por violação de direito, contendo-se prova pré-constituída acerca de fatos líquidos e certos, nele, a inconstitucionalidade, quando tratada, será uma questão incidente no processo, inicialmente presente na causa de pedir da ação e analisada na fundamentação da demanda, logo, sobre ela, em regra, não deve recair os efeitos da coisa julgada.

Reflete-se que definir se o controle será “concentrado” é mais uma questão de semântica do que de competência constitucional propriamente dita, pois os critérios relacionados à completude da jurisdição, inafastabilidade do judiciário e direito ao duplo grau de jurisdição (ver item 1.2), importam em dizer que sempre haverá um juízo competente para determinada matéria, a ser a ação “concentrada” nele apenas porque não existe órgão hierarquicamente superior para quem se possa interpor algum recurso. Todavia, mantém-se a terminologia “controle concentrado” porque já amplamente difundida.

Ademais, na segunda hipótese, a do controle difuso, estabelece-se que todo e qualquer juiz brasileiro poderá realizar o controle de constitucionalidade, tendo como premissa o fato de que a Constituição é dotada de força normativa e, enquanto norma legal hierarquicamente

---

<sup>192</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>193</sup> Idem.

superior, é sujeita à aplicação em qualquer caso concreto. Sucede que, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade será sempre em concreto, devendo a eventual inconstitucionalidade figurar na causa de pedir da inicial, a ser tratada na fundamentação da demanda, sem que a ela seja atribuída a eficácia da coisa julgada, sob pena de, por vias transversas, usurpar-se a competência daqueles órgãos jurisdicionais para quem a Constituição brasileira estabeleceu a competência para o julgamento concentrado-abstrato da constitucionalidade da norma.

Maior deve ser o cuidado nas hipóteses de ações coletivas na tutela de direitos difusos, nas quais, como veremos, é proferida sentença com eficácia para todos (*erga omnes*), assim, se em um primeiro momento procedimental é meramente atécnico ao autor da ação pedir a inconstitucionalidade de ato normativo em qualquer ação no controle difuso (a inconstitucionalidade deve estar na causa de pedir, não no pedido, sendo ela uma questão incidental na demanda, jamais o pedido principal), em um segundo momento procedimental, este pedido acaba por vincular o juiz, que pelo princípio do *non liquet* é obrigado a decidir sobre todos os pedidos principais - desde que compatíveis entre e si e não prejudiciais aos demais - tendo duas alternativas: a) extinguir o capítulo da demanda referente ao pedido de inconstitucionalidade sem resolução do mérito (não impedindo que a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma seja tratada em outros capítulos da demanda como questão incidental), o que se acha o mais acertado; ou b) enfrentar o mérito do pedido de inconstitucionalidade da norma, decidindo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei no dispositivo, o que se entende como hipótese de nulidade, por usurpação de competência do órgão de controle concentrado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dita que a constitucionalidade deve ser tratada como uma questão incidente, jamais principal, conforme precedente:

Reclamação constitucional - Ação Civil Pública – Lei nº 9.688/98 – Cargo de censor federal - Normas de efeitos concretos – Declaração de inconstitucionalidade – Pleito principal na Ação Civil Pública – Contorno de ação direta de inconstitucionalidade – Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal – Reclamação julgada procedente. 1. A ação civil pública em tela tem por objeto a Lei nº

9.688/98, que teve sua inconstitucionalidade arguida perante esta Suprema Corte, nos autos da ADI nº 2.980/DF, tendo o pleito sido rejeitado por se tratar de normas de efeitos concretos já exauridos. 2. A Lei nº 9.688/98 foi editada com o fim de imprimir eficácia à norma do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, após provocação por esta Suprema Corte (ADI nº 889/DF), norma essa que versa, especificamente, sobre o aproveitamento dos ocupantes do extinto cargo de censor federal em outras carreiras. 3. O pleito de inconstitucionalidade deduzido pelo autor da ação civil pública atinge todo o escopo que inspirou a edição da referida lei, traduzindo-se em pedido principal da demanda, não se podendo falar, portanto, que se cuida de mero efeito incidental do que restou então postulado. 4. Voto vencido: a ação civil pública tem como pedido principal a pretensão de nulidade de atos de enquadramento de servidores públicos. A declaração de inconstitucionalidade da lei em que se embasa o ato que se pretende anular constitui fundamento jurídico do pedido, portanto, a *causa petendi*, motivo pelo qual não há falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Reclamação julgada procedente, por maioria.<sup>194</sup>

Se por um lado o limite objetivo da coisa julgada na tutela jurisdicional coletiva guarda similitude com o limite objetivo da coisa julgada na tutela procedimental ordinária individual, o mesmo não pode ser dito em relação aos limites subjetivos da coisa julgada e a ao modo de produção dela.

Entende-se como limite subjetivo da coisa julgada a resposta de a quem ela irá incidir. As partes nas ações coletivas são legitimadas extraordinárias nas referidas ações, atuando em nome próprio na defesa de direitos de terceiros, portanto, ao contrário do que ocorre no processo da tutela jurisdicional individual, a eficácia da decisão não é entre as partes do processo, mas é diferenciada, atingindo terceiros não integrantes da relação jurídico-processual.

---

<sup>194</sup> BRASIL - **Reclamação Constitucional n. 1.503/DF**. Supremo Tribunal Federal. Rel. para acórdão Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 10/12/2012. Brasília [s.n.], 2012.

Acerca do limite subjetivo e do modo de produção da coisa julgada na tutela jurisdicional coletiva, a Lei brasileira n. 8.078/90 dita no artigo 103 que:

Lei n. 8.078/90 - Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.<sup>195</sup>

Assim, sob o aspecto do limite subjetivo da coisa julgada, na tutela de direitos difusos, terá efeitos sobre todos, enquanto que a coisa julgada que verse a respeito de direitos coletivos em sentido estrito será para além das partes do processo, mas limitada ao grupo substituído pelo legitimado ativo da demanda.

Na hipótese de ações sobre direitos individuais homogêneos, acerca dos limites subjetivos da coisa julgada, esta terá eficácia para todos, desde que a demanda seja julgada procedente (*secundum eventum litis*), pois caso a demanda coletiva seja julgada improcedente, ela não servirá para prejudicar os indivíduos. Adverte-se ainda que para a execução da sentença condenatória à obrigação de pagar quantia, será necessário instaurar uma fase prévia de liquidação onde se apurará de forma individualizada a titularidade do crédito e o valor do ressarcimento do dano.

Quanto ao modo de produção da coisa julgada, quando versar sobre direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, o legislador brasileiro optou por estabelecer que a coisa julgada será segundo o resultado probatório, não se formando caso a demanda seja julgada

---

<sup>195</sup> BRASIL - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

improcedente por insuficiência de provas, doutrinando Didier Jr. e Zaneti Jr. que "A opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela o objetivo de prestigiar o valor *justiça* em detrimento do valor *segurança*, bem como preservar os processos coletivos do conluio e da fraude"<sup>196</sup>.

Assim, enquanto na tutela jurisdicional individual é estabelecida a fórmula "se o autor não prova os fatos então necessariamente não tem direito à tutela jurisdicional; se não tem direito à tutela jurisdicional então o judiciário resolve o mérito rejeitando o pedido do autor; se resolve o mérito então há eficácia preclusiva de rediscussão do tema em decorrência do atributo da coisa julgada material", na tutela jurisdicional coletiva, opta-se por recurso silogístico diverso.

Aplica-se à tutela coletiva a fórmula "se o autor não prova os fatos então possivelmente não tem direito à tutela jurisdicional; se o direito à tutela jurisdicional é meramente possível (não necessária) então não se analisou de maneira exauriente o mérito da demanda; se não houve análise exauriente do mérito não há a formação do atributo da coisa julgada".

Com isso, a inexistência de provas nas ações coletivas que envolvem direitos difusos ou coletivos em sentido estrito importa em extinção do processo sem resolução do mérito, ao contrário do posto para a tutela jurisdicional individual, havendo manifestação no Superior Tribunal de Justiça brasileiro no sentido de atribuir a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* à não resolução do mérito da demanda:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MICROSSISTEMA DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS (EM SENTIDO LATO). ILEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ARTS. 9º DA LEI N. 4.717/65 e 5º, § 3º, DA LEI N. 7.347/85. POSSIBILIDADE. ABERTURA PARA INGRESSO DE OUTRO LEGITIMADOS PARA OCUPAR O PÓLO ATIVO DA DEMANDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MEDIDA DE ULTIMA RATIO. OBSERVAÇÃO COMPULSÓRIA DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA

---

<sup>196</sup> DIDIER JR., Fredi; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p. 333.

ABSOLUTA. [...] 10. Em segundo lugar, parece necessário lembrar um motivo pragmático. É que, diante da multifacetada gama de legitimados ativos para os feitos coletivos, a extinção sem exame de mérito normalmente implicará apenas na necessidade de ajuizamento de nova demanda, com mesmas causas de pedir e pedidos, o que significa apenas postergar o juízo meritório - a teor da formação de coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* [...].<sup>197</sup>

Todavia, entende-se na hipótese que deve haver uma cisão classificatória, no sentido de ao menos se reconhecer que, em relação ao atributo da coisa julgada formal, este é formado independente do resultado do processo (*pro et contra*), o que tecnicamente justificaria o arquivamento dos autos, auxiliando-se no saneamento cartorário das varas.

Tratando-se de tutela de direitos difusos, havendo resolução do processo em decorrência da insuficiência de provas, estabelece o artigo 103, I, da Lei brasileira n. 8.078/90 que qualquer “outro” legitimado pode intentar “outra” ação, valendo-se de “prova nova”.

Entende-se que, além de outro legitimado, o mesmo legitimado que atuou no processo poderá intentar nova ação se valendo de prova nova. Ainda que isto não esteja expresso no artigo 103, I, da Lei n. 8.078/90, aplica-se em analogia a sistemática da tutela jurisdicional individual ordinária brasileira, onde é permitido ao mesmo legitimado intentar nova ação acerca da mesma causa de pedir quando o processo for extinto sem julgamento do mérito.

Em razão do princípio da instrumentalidade, considerando o formalismo-valorativo (ver item 1.2 deste trabalho), entende-se que não é necessária a propositura de nova ação, bastando que haja petição solicitando o desarquivamento dos autos, caso surja prova nova, relativizando-se o conceito de coisa julgada formal em prol da economia dos atos procedimentais, evitando-se a repetição de colheitas de provas - que muitas vezes já se esvaíram com o tempo - sobre temas já analisados, reduzindo o custo do processo para todas as partes e para o Estado (assegurando que o processo seja economicamente útil, no sentido de que o custo da demanda seja menor do que o proveito obtido), mantendo-se por vias transversas a prevenção em um juízo que já está a par da matéria.

---

<sup>197</sup> BRASIL - **Recurso Especial n. 1.177.453/RS**. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Diário da Justiça Eletrônico de 30/9/2010. Brasília: [s.n.], 2010.

Isso, desde que o polo passivo permaneça inalterado, pois caso seja incluído novo sujeito passivo no processo, o aproveitamento das provas poderá, conforme o modo de realização, vir a afrontar o direito deste novo sujeito ao contraditório e à plena participação (como na hipótese da realização de perícias onde não foi permitido ao novo sujeito a possibilidade de apresentar quesitos ao perito). Nestas hipóteses acredita-se que o mais correto será a propositura de nova ação, utilizando-se para fins de economia processual a técnica da prova emprestada, admitida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, conforme precedente:

PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA. [...] 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.<sup>198</sup>

Outra utilidade de se realizar o mero desarquivamento dos autos está no sentido de ser possível evitar discussões já pacificadas acerca de elementos da obrigação, assim, por exemplo, havendo prova dos elementos da liquidez, ou seja, de que houve um dano indenizável (certeza, materialidade); a indenização é devida à coletividade (a quem deve); a data do dano está estabelecida (desde quando deve); o dano não pode ser reparado ao estado anterior, devendo ser ressarcido em dinheiro (o que deve), cuja quantia será liquidada

---

<sup>198</sup> BRASIL - Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 617.428/SP. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrichi. Diário da Justiça eletrônico de 17/6/2014. Brasília: [s.n.], 2014.



futuramente (quanto deve), todavia, sem que haja prova acerca de quem seria o autor do dano (quem deve), sobre os elementos provados não seria necessária a repetição probatória.

Assim sendo, deve-se analisar os capítulos da demanda que foram provados, recaindo sobre eles a coisa julgada, assim, por exemplo, havendo notícia de dano ambiental em duas cidades, supostamente cometidos por uma sociedade empresária, todavia, havendo provas nos autos de que a sociedade empresária foi autora do dano em apenas uma cidade, em relação a este ponto deve se formar a coisa julgada material, estando a decisão apta para a fase de execução. Quanto a parte não provada, para fins de economia processual, deverá ocorrer o desmembramento dos autos processuais com cópia das peças pertinentes, com sucessivo arquivamento deste, para permitir que, caso surjam novas provas, seja possibilitado à parte permitir o desarquivamento.

Retomando-se à redação existente no artigo 103, I, da Lei brasileira n. 8.078/90<sup>199</sup>, acerca do conceito de prova nova, deve-se perquirir se esta, na realidade, está a tratar de: a) fato novo ocorrido após o fim do processo; b) fato velho tratado no processo mas com: b.1) prova já existente durante o processo, todavia cuja existência a parte ignorava de boa-fé; ou b. 2) prova nova produzida após a decisão.

Acerca dos fatos novos não há sequer que se falar em coisa julgada, de qualquer espécie, esta não se opera sobre fatos futuros, o juízo decisório observa sempre fatos passados, não sendo lícito ao juízo decidir sobre fatos que ainda não ocorreram, notadamente diante da falta de interesse processual da parte, podendo-se com isto propor nova ação. Perceba que na tutela da ameaça o judiciário não decide sobre o dano futuro, mas sobre o perigo de dano atual, ou note que em sentenças disciplinadoras de relações jurídicas continuativas que possuem por objeto obrigações homogêneas de trato sucessivo, trata-se de situações futuras vinculadas a fatos presentes<sup>200</sup>.

Entende-se que o artigo 103, I, da Lei n. 8.078/90, ao se referir à prova nova, na realidade tratou de uma prova “velha”, já existente no momento da propositura da demanda, ou mesmo produzida durante o tramitar da ação, mas que as partes de boa-fé não tinham conhecimento, em aplicação analógica ao entendimento jurisprudencial estabelecido para o

---

<sup>199</sup> BRASIL - Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União de 12/9/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

<sup>200</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael - **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.713p. ISBN 8577610748. p.574.

conceito de documento novo existente no artigo 485, VII, da Lei brasileira n. 5.869/73<sup>201</sup>, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO E DOCUMENTO NOVO. ART. 485, VII e IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE EXAME PSICOTÉCNICO. ERRO DE FATO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DOCUMENTO NOVO. CIÊNCIA E IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA NÃO COMPROVADAS. RELEVÂNCIA NÃO RESPEITADA. ERRO DE JULGAMENTO. INVIÁVEL DE CORREÇÃO NA VIA ESCOLHIDA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. [...] 2. A inteligência do inciso VII do art. 485 do CPC revela que o "documento novo", apto a ensejar à rescisão do julgado, é aquele que já existia ao tempo da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo: 1) por não ter o autor da rescisória ciência da sua existência ou 2) por não ter sido possível a juntada, em virtude de motivo estranho a sua vontade. À luz do citado preceito, extrai-se, ainda, a necessidade da relevância do documento, de forma que se ele tivesse sido juntado aos autos no processo primitivo poderia ter alterado o convencimento do juiz [...].<sup>202</sup>

Acerca das provas novas produzidas após a sentença sobre fatos velhos, entende-se que estas não são aptas para o desarquivamento dos autos ou repositura da ação. Deve-se, todavia, atentar para as hipóteses de relações continuadas no tempo, em que a prova nova produzida após a sentença poderá servir para embasar questões relacionadas ao fato continuado no momento da produção dela, uma vez que sobre ele não recai a coisa julgada.

---

<sup>201</sup> BRASIL - Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

<sup>202</sup> BRASIL - Ação Rescisória n. 2.928/CE. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ericson Marinho. Diário de Justiça Eletrônico de 7/4/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

Exemplifica-se a hipótese de danos ambientais, cuja apuração muitas vezes depende do desenvolvimento tecnológico. Ocorrido um dano ambiental, mas não sendo possível produzir provas aptas a ensejar a procedência da demanda vinculando o autor do dano a este, proferida a sentença, caso a conduta danosa já haja cessado e após a sentença se produza uma prova nova não existente na época, esta não será apta para a repositura da ação, em respeito à segurança jurídica. Todavia, caso a conduta danosa ainda esteja sendo perpetrada após a sentença e, pelo desenvolvimento tecnológico, seja possível produzir uma nova prova, então será possível propor uma nova ação, no entanto, tendo como parâmetro a conduta presente do autor do dano, não a pretérita.

Em relação ao modo de produção da coisa julgada para os direitos coletivos em sentido estrito, repetiu-se a opção de se estabelecer que ela ocorreria segundo a prova produzida na demanda (*secundum eventum probationis*), aos moldes do posto para a tutela jurisdicional coletiva de direitos difusos.

Na hipótese da ação versar sobre direitos individuais homogêneos, acerca do modo de produção da coisa julgada material, esta surgirá no plano coletivo após a análise do mérito, - impedindo que outro legitimado coletivo discuta a causa - independente do resultado favorável ou não da sentença (*pro et contra*), todavia, conforme exposto acima, a eficácia subjetiva se estenderá para todos os indivíduos apenas se a demanda for julgada procedente (*secundum eventum litis*), pois se for julgada improcedente, poderá o indivíduo intentar a ação individual.

A respeito da eficácia territorial da coisa julgada, deve-se dizer que a jurisdição é uma, estende-se por todo o território do país, esta aptidão é corolário da própria soberania do país no plano internacional e supremacia no plano interno, a ser o elemento do Estado “governo” somado à característica do Estado “soberania”, o que caracteriza o Estado moderno enquanto tal ao lado da existência de uma população e de um território<sup>203</sup>, a ser elemento decorrente da aptidão do Estado de normatizar condutas no território deste, sem a interferência externa e com supremacia a outros centros de poder no plano interno, assim, por lógica sistemática derivada da própria razão de ser de um Estado, deve ser estabelecido que territorialmente a coisa julgada se estende por todo o território dele. Assim, não há que se confundir o conceito

---

<sup>203</sup> CICCIO, Cláudio de.; GONZAGA, Alvaro de Azevedo - **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 286p. ISBN 9788520344163. p.51.

de jurisdição, uno em todo território nacional, com a divisão de poder relacionada à competência jurisdicional dos juízes.

Todavia, o artigo 16 da Lei brasileira n. 7.347/85 (Lei brasileira de Ação Civil Pública) dita que:

Lei brasileira n. 7.347/85 - Artigo 16 - A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Limitar a eficácia da sentença aos limites da competência territorial do órgão é inconstitucional por afrontar a própria estrutura do Estado, representa forte prejuízo à economia processual.

Explica-se que, em uma tutela jurisdicional individual, uma sentença prolatada por um juiz na região norte pode ser executada por este mesmo juiz com eficácia na região sul do Brasil. De maneira igual, uma sentença prolatada por um juiz da Alemanha, após homologada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, terá eficácia executiva em todo território nacional, porém, aplicando-se o disposto no artigo 16 da Lei brasileira n. 7.347/85, uma sentença proferida por um juiz do Estado-membro do Amazonas, por exemplo, teria eficácia executiva restrita apenas ao referido Estado no Brasil, isto é um contrassenso.

Defende-se que o artigo 16 da Lei brasileira n. 7.347/85, além de ser inconstitucional, foi revogado pelo artigo 93 da Lei brasileira n. 8.078/90, no entanto o Superior Tribunal de Justiça brasileiro<sup>204</sup> interpreta o artigo 16 da Lei brasileira n. 7.347/85 em conjunto com o artigo 93 da Lei brasileira n. 8.078/90, mantendo o limite territorial às ações coletivas.

Por fim, excepciona-se o regramento existente no artigo 103 da Lei brasileira n. 8.078/90 às Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, regidas Lei brasileira n. 8.429/92, doutrinando Zavascki<sup>205</sup> que se trata de uma ação com dupla faceta, uma repressivo-

---

<sup>204</sup> BRASIL - **Recurso Especial n.1.508.277/RS**. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico de 30/6/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

<sup>205</sup> ZAVASCKI, Teori Albino - **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 272p. ISBN 978852033541. p.109.

punitiva e outra repressivo-reparatória, em continuidade, Didier Jr. e Zaneti Jr. doutrinam que a eficácia da coisa julgada mudará para as diferentes facetas:

Portanto, nas ações de improbidade administrativa o regime da coisa julgada é diferenciado conforme o capítulo da sentença: quanto ao ressarcimento ao Erário, incide o microsistema plenamente; quanto à aplicação das sanções não incide a regra *secundum eventum probationis*, ficando a regra da extensão *secundum eventum litis* condicionada à efetividade prática.<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> DIDIER JR., Fredi; ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389. p. 344.

## CAPÍTULO III - ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA COLETIVA

### 3.1 Neoconstitucionalismo brasileiro

O reconhecimento da superioridade hierárquica e da força normativa da Constituição no Brasil, acompanhado da positivação em 1988 de uma constituição promulgada, dogmática e formal, voltada para a defesa de direitos fundamentais e para a promoção da democracia, gerou o surgimento no Brasil de um movimento teórico intitulado “neoconstitucionalismo”, o qual se irradiou para a atuação prática no judiciário deste país.

Esse movimento intitulado neoconstitucionalismo no Brasil tem como objeto a Constituição brasileira de 1988<sup>207</sup>, a qual é classificada por Silva<sup>208</sup>, quanto à origem como um documento normativo promulgado (não outorgado) por haver sido elaborada por um poder constituinte composto por representantes do povo especificamente criado para esta tarefa, sendo, quanto ao modo de elaboração, uma Constituição dogmática (não histórica) por haver esse poder Constituinte refletido no texto constitucional, as ideologias da época de elaboração.

A Constituição brasileira, quanto ao conteúdo, é formal (não meramente material) por conter tanto temas materialmente constitucionais – estrutura do Estado, organização do poder e direitos fundamentais – quanto formalmente constitucionais, estes não necessariamente afetos à estrutura do Estado, mas positivados no texto constitucional em decorrência da maior dificuldade de alteração do texto em relação às leis ordinárias (rígida quanto à estabilidade), em virtude de um juízo político de importância do tema.

A Constituição do Brasil possui normas estruturais que organizam o Estado, normas garantias limitadoras do exercício deste poder e normas dirigentes condicionantes da atuação estatal a um fim determinado.

Tem-se no Brasil um documento normativo com hierarquia superior que não apenas dita as regras do jogo, mas que objetiva participar dele, irradiando o conteúdo existente nele para todas as demais normas infraconstitucionais, condicionando-as e extirpando as incompatíveis.

---

<sup>207</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>208</sup> SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros. 878p. ISBN 8574204749. p.40.

Considerando que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada de forma democrática, ela acabou por ser um amálgama das diversas correntes ideológicas da época, muitas vezes incompatíveis entre si, tentando de maneira hercúlea ser uma norma conciliadora que, não obstante normatize a ideologia da maioria, salvaguardou a tolerância aos direitos da minoria, a qual poderia ser uma maioria futura, com isto, permitindo um eterno ciclo de diálogo democrático pela busca da tese e da antítese.

Esse amálgama de idéias convergentes e divergentes, somados à desconfiança em relação ao legislador ordinário - em virtude do período de ditadura que antecedeu a elaboração da Constituição brasileira de 1988 - importou na positivação no texto constitucional de temas não necessariamente relacionados à finalidade normativa tradicional das constituições (estrutura do estado, organização dos poderes e direitos fundamentais). Além das matérias tradicionais, positivou-se no texto temas relacionados à economia, política fundiária, previdência, desporto, comunicação social, instituição “família” ou, até mesmo, que “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” (artigo 242, §2º, da Constituição brasileira)<sup>209</sup>, dentre outros temas.

A solução para manter um mínimo de coesão foi a elaboração de normas com estruturas abertas, possibilitando que o intérprete as amoldasse ao caso concreto no momento da aplicação.

Em suma, a Constituição brasileira de 1988 se consubstancia em um texto normativo prolixo, com hierarquia superior, influenciando em diversos temas tanto a atuação pública quanto a privada, possuindo normas com estrutura aberta que permitem alta margem de subjetivismo interpretativo no momento da aplicação.

Bobbio leciona que o positivismo jurídico pode ser entendido como ideologia, teoria ou método<sup>210</sup>. O movimento neoconstitucionalista nasce na fase histórica pós-positivista, a qual mantém o positivismo ideológico moderado (não extremado), a não entender a lei como um fim em si mesmo, mas como um meio para atingir um fim, inovando em relação à fase positivista pura por não entender que este fim seria, por exemplo, a manutenção da ordem, mas a promoção da dignidade.

---

<sup>209</sup> BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>210</sup> BOBBIO, Norberto - **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006. 239p. ISBN 8527403285. p. 235.

O pós-positivismo remodela o positivismo enquanto teoria<sup>211</sup>, mantêm-se as teorias imperativa e coativa do direito, mas transmuda a teoria legislativa do direito para admitir mais de uma fonte de produção da norma. Todavia, a principal característica do pós-positivismo é justamente admitir a relação entre moral e norma, seja enquanto condicionante da norma e vetor interpretativo de lacunas<sup>212</sup>; seja enquanto elemento integrante da própria norma<sup>213</sup>, ou seja, enquanto elemento próprio de conceito de Direito, quando analisada de forma objetiva (valor) e somada aos elementos norma e fato<sup>214</sup>.

Acerca do valor na argumentação jurídica, Lima leciona o valor sob um aspecto objetivo, uma vez que diz que “Os valores, juridicamente considerados, não se confundem com os modismos nem com a comoção pública, pois estes são inconstantes”<sup>215</sup>, apresentando o valor como fonte de legitimação da norma, com fins de dizer que o valor integra o processo de preenchimento da norma jurídica de concreção<sup>216</sup>.

Nesses termos, o neoconstitucionalismo seria a aplicação pós-positivista a nível constitucional, entendendo que o fim do direito seria a promoção do atributo dignidade, o qual é objeto de proteção dos direitos fundamentais.

Em virtude desse objeto restrito – constituições com finalidades voltadas à promoção da dignidade -, o movimento neoconstitucionalista não tem pretensões de criar uma teoria do direito universal, possuindo como pressuposto de surgimento a existência de normas constitucionais e de Tratados com mutabilidade rígida, os quais integram um bloco de constitucionalidade com hierarquia superior às demais normas, todas a defender o atributo dignidade. Surge preferencialmente em países democráticos detentores de Constituições com normas dirigentes.

Não obstante essas sejam as características gerais do movimento neoconstitucionalista, entende-se que ele é particularizado, pois em decorrência da existência das normas de

---

<sup>211</sup> CAMBI, Eduardo - **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527p. ISBN 9788520335635. p. 83.

<sup>212</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus - **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 399p. 9788578270964. p.258.

<sup>213</sup> DWORKIN, Ronald - **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p. ISBN 9788533623804. p.371.

<sup>214</sup> REALE, Miguel - **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 192p. ISBN 8502014056. p. 80.

<sup>215</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de - **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional.: Por uma Hermenêutica Reabilitadora do Homem como Ser-moralmente-melhor**. Fortaleza: ABC, 2001. 399p. ISBN 8587653989. p.147.

<sup>216</sup> *Ibidem*. p.337.



estrutura aberta ele tende a ser tópicos, pressupondo um caso concreto para que então possa haver a valorização sobre o fato permitindo a aplicação da teoria neoconstitucional, por ser a relação fato-valor variável conforme a cultura do povo, entende-se, desta forma, que existe um neoconstitucionalismo brasileiro, um neoconstitucionalismo mexicano, um neoconstitucionalismo argentino, dentre outros.

Moreira<sup>217</sup> leciona que o neoconstitucionalismo brasileiro tem como características a consideração da presença invasora da Constituição em todas as causas relevantes, atentando para eventuais sistemas interligados e sobreestruturas; a maior presença judicial em razão do pragmatismo jurídico; a revisão da teoria da interpretação, da estrutura da norma e das fontes do direito; a ênfase nos princípios e direitos fundamentais; a maior ponderação nas decisões judiciais em detrimento da lógica subsuntiva; a consideração do direito posto pela Constituição - para além dos Tribunais - no momento legislativo, exigindo comportamento positivo do legislador e pelo administrador no momento de materialização de políticas públicas, as quais devem ser vinculadas às diretrizes constitucionais.

A Constituição brasileira, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo brasileiro, tem grande potencial irradiador diante da proximidade dela, com normas-regras e normas-princípios (explícitos e implícitos), com textura aberta que permite ampla margem para interpretação do aplicador da norma no caso concreto.

### **3.2 Aspecto positivo da separação de poderes**

A Constituição brasileira estabelece no artigo 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Estudou-se no Capítulo 1 que a independência entre os poderes deriva da necessidade de cindir a atuação estatal, evitando-se que o poder se concentre nas mãos de um indivíduo ou grupo político, reduzindo a possibilidade de abusos.

Enquanto o artigo 2º da Constituição brasileira dita que os órgãos de poder serão independentes com fins de cindir a competência deles para evitar abusos, a sistemática constitucional brasileira estabelece em diversas normas a possibilidade de frear esta extrapolação de competência criando um sistema de freios e contrapesos, notadamente por

---

<sup>217</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro - *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.239p. ISBN 9788576602316. p.38-39

intermédio do controle de constitucionalidade, preventivo ou repressivo, exercido por qualquer dos órgãos do poder (a exemplo do controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo órgão de poder Legislativo brasileiro, via Tribunal de Contas, conforme permite o Enunciado n. 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal brasileiro).

No entanto, o artigo 2º da Constituição diz que os órgãos de poder, apesar de independentes, são harmônicos entre si. Faz isto com fins de determinar que, não obstante independentes, devem os órgãos de poder atuar de forma coordenada, preservando os fundamentos do Brasil e promovendo ações que visem a materialização dos objetivos deste.

Afirma-se que a opção política de estruturação dos órgãos de forma que fosse dividida a competência predominante de administrar, executar e legislar ou fiscalizar as contas do Estado - sendo isso a aplicação da teoria da separação dos poderes no Brasil - não é um fim em si mesmo, antes é um mero instrumento voltado para outro fim, qual seja, a salvaguarda do atributo dignidade e direitos fundamentais dele irradiantes.

Ademais, Cappelletti<sup>218</sup> doutrina que o surgimento do Estado Social importou em um alargamento das atribuições do legislativo, uma vez que este se viu obrigado a legislar sobre temas antes não tratados, como o afeto às externalidades ambientais no âmbito da economia. A ampliação da competência do Legislativo, transformando-o no primeiro gigante da época, ocasionou um “overload” nas atividades do parlamento, o qual ficou sem tempo para dar respostas rápidas às novas demandas, em decorrência da grande quantidade de leis na pauta que precisavam ser debatidas e aprovadas, sobre as mais diversas temáticas, doutrinando Cappelletti:

[...] Paradoxalmente, os parlamentos “atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas” que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade “de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação. E esses “outros” a quem a atividade foi transferida são, principalmente, “o executivo e os seus órgãos e derivados”, com toda uma série de

---

<sup>218</sup> CAPPELLETTI, Mauro - **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.134p. ISBN 8588278286. p.39.

entidades e agências, a que foram confiadas tarefas normativas e administrativas.<sup>219</sup>

Ampliada a competência do Poder Executivo, em decorrência da inaptidão do Legislativo em legislar rapidamente, acompanhando a volatilidade do mercado, tornando-o no segundo gigante da época, isso ocasionou a transformação do estado legislativo, doutrinando Cappelletti que: "O *welfare state*, na origem essencialmente um 'estado legislativo', transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em 'estado administrativo', na verdade em 'estado burocrático', não sem o perigo de sua perversão em 'estado de polícia'"<sup>220</sup>.

Nessa perspectiva, a atuação positiva ou não do Poder Judiciário nas políticas públicas é o que determinará se ele continuará com o posicionamento tradicional de limitação à salvaguarda de um não-fazer por parte do Estado ou se ele se tornará em um terceiro gigante, contrabalanceando positivamente no sistema de freios e contrapesos.

Entende-se que a salvaguarda constitucional de independência entre os órgãos de poder impõe uma não interferência da atuação de um órgão de poder no outro, todavia o comando de harmonia estabelece um "atuar em conjunto". Metaforicamente seriam três órgãos de poder caminhando em estradas separadas, mas paralelas, direcionadas ao mesmo destino. Todavia, resta saber se um dos órgãos poderia caminhar no lugar do outro ou estender a mão ao outro para permitir que a passada fosse acelerada se almejando chegar ao destino mais rápido.

### **3.3 Ativismo ou controle judicial na tutela coletiva de políticas públicas**

Ativismo, em sentido amplo, seria a ingerência positiva (um fazer) de um órgão de poder em outro. No entanto, desde já, para fins classificatórios, adotar-se-á o termo ativismo como algo pernicioso, relacionado à extrapolação de competências por parte de algum dos órgãos de poder, diferenciando-se do termo "controle", mais afeto à sistemática de atuação válida dentro dos limites de competência do órgão de poder.

---

<sup>219</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.134p. ISBN 8588278286. p.43.

<sup>220</sup> Ibidem. p.39.

A ocorrência do “ativismo” parte do questionamento de se seria possível ao órgão de poder: a) executar a função precípua dos outros órgãos (administrar, legislar ou julgar) como se função precípua dele o fosse; ou b) por intermédio da função precípua dele, adotar medidas em prol da atuação doutro órgão e se isto seria uma função: b.1) anômala; ou b.2) inerente à própria competência.

Expôs-se, no item 1.3 deste trabalho, que os órgãos de poder no Brasil possuem atribuições atípicas, como por exemplo a aptidão do legislativo de julgar o Presidente por crime de responsabilidade. No entanto, viu-se que estas funções não são exercidas de forma principal, mas são atuações colaterais necessárias para manter o sistema democrático, como no exemplo dado, ou o próprio funcionamento da máquina administrativa (a exemplo do poder-dever do órgão de poder Judiciário se autoadministrar).

Apresentou-se também que a característica diferenciadora da atividade de julgar realizada pelo judiciário em relação ao ato de julgar feito pelos outros órgãos de poder seria a insuscetibilidade de controle externo e a aptidão para o atributo da coisa julgada. O problema nasce então quando um órgão de poder executa a função do outro não como atividade colateral, mas como atividade precípua.

Especificamente no caso da atuação do judiciário, viu-se no item 1.3 deste trabalho que violará a competência estabelecida pela Constituição brasileira aos órgãos de poder quando o órgão de poder judiciário atuar enquanto legislativo (criando normas gerais e abstratas) ou administrativo (executando diretamente as políticas públicas), sendo esta atuação ilícita, caracterizando ativismo judicial, apresentando-se como exemplo o julgado apresentado no item 1.3 deste trabalho, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>221</sup> considerou que houve violação à separação dos poderes, por haver o judiciário atuado enquanto legislativo, ao conceder reajuste salarial a servidores de outro Poder, porque isto dependeria de lei do legislativo, considerando tal hipótese - de caminhar no lugar do outro - em verdadeiro ativismo judicial.

O referido exemplo se tratou de um caso em que houve ativismo porque não é lícito a um órgão de poder diferente do legislativo, conceder reajuste salarial, uma vez que isto violaria a norma-regra existente no artigo 37, X, da Constituição brasileira que solicita que,

---

<sup>221</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 791.542**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 28/4/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

para isto, haja lei específica, observando-se a iniciativa privativa de cada órgão de poder. Tratou-se então de uma hipótese de violação de uma norma-regra.

No caso da violação de normas-princípios, cuja densidade semântica tende a ser altamente abstrata, poder-se-ia afirmar que o poder judiciário estaria extrapolando a competência precípua dele por estar realizando uma ponderação política. Acerca disto, Dworkin, falando dos “hard cases”, realiza a distinção entre argumentos de política (*policy*) e argumentos de princípio, dizendo que não seria lícito ao judiciário adentrar nos primeiros, doutrinando Dworkin:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.<sup>222</sup>

Assim, não seria lícito ao judiciário se valer de argumentos de política, mas de argumentos de princípios, pois estes estariam correlacionados a um direito precedente.

Sucedem que os princípios, além de postulados argumentativos para assegurar a legitimidade de decisões, podem ser considerados, ao lado das regras, como normas jurídicas em si, doutrinando Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de*

---

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald - **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p. ISBN 978853362380. p.129-130.

*otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>223</sup>

A jurisprudência brasileira tem admitido a tese de Alexy, entendendo que os princípios são espécies de norma jurídica, ao lado das regras, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA - COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - ECONOMIA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - SOPEAMENTO - PROVA NÃO ESSENCIAL - FATO INCONTROVERSO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. 1. Não apenas o Direito Constitucional mas também o Processual Civil recebe a influência cada vez maior da ideologia pós-positivista, segundo a qual, em razão da hegemonia axiológica dos princípios, estes se convertem em alicerce de todo sistema normativo e, assim como as regras, podem disciplinar situações concretas e impor obrigação legal. 2. A diferença primordial entre princípios e regras, da qual decorrem todas as outras, é que esses contêm um mandamento de otimização. Isso quer dizer que é intrínseco a um princípio o comando de se aplicar no maior número de casos possíveis dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. 3. Em decorrência desse mandamento de otimização, os princípios estão sujeitos a constantes colisões. Não é raro que dois ou mais princípios incidam sobre um mesmo caso concreto e que, se aplicado

---

<sup>223</sup> ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. ISBN 8574208728. p.90.

sem conjunto, levariam a resultados inconciliáveis, a juízos concreto de dever-ser jurídico contraditórios. 4. Em uma colisão entre princípios, não há uma relação de precedência absoluta. A preponderância de um sobre o outro dependerá do caso concreto, que, em razão das específicas condições, revelará qual princípio tem mais peso e por tal motivo deve prevalecer.[...].<sup>224</sup>

Nesses termos, havendo a incidência de normas-princípios, estará o judiciário a atuar dentro da função precípua dele, qual seja, julgar aplicando a norma jurídica (constitucional ou infraconstitucional).

A ponderação principiológica como técnica é possível ser vislumbrada quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, com fundamento no artigo 27 da Lei brasileira n. 9.869/99<sup>225</sup>, modula os efeitos da desconstituição da constitucionalidade da norma (ou declaração da inconstitucionalidade dela se considerado a jurisprudência majoritária daquele Tribunal), sopesando de um lado a eficácia da norma constitucional que serviu como parâmetro para a decisão constitutiva negativa de constitucionalidade e de outro o princípio da segurança jurídica e defesa do interesse social:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO

---

<sup>224</sup> BRASIL - **Recurso Especial n. 1.201.317/GO**. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Diário da Justiça Eletrônico de 14/12/2011. Brasília: [s.n.] 2011.

<sup>225</sup> BRASIL - **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Diário Oficial da União de 11/11/99. Brasília: [s.n.], 1999. [Consult. em 10 Abr. 2015]. Disponível em WWW: URL <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>.

EXCEPCIONAL. [...] 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.<sup>226</sup>

Considerando que a Constituição é documento normativo (hierarquicamente superior), as normas (regras e princípios) nela contidas que solicitam a atuação positiva do Estado são comandos de “dever-ser”, os quais devem ser cumpridos pelos destinatários da norma, não sendo meros enaltecimentos políticos de cumprimento facultativo.

Existindo comandos normativos que solicitam a atuação positiva do Estado (um fazer), deverá o judiciário, por intermédio de argumentos jurídicos, analisar a incidência jurídica da norma (o que seria função precípua dele), determinando a materialização do direito a quem a Constituição estabelece como sujeito competente para o fazer.

A ser estabelecido pela Constituição como competente para a materialização do direito o próprio Estado, por intermédio de um dos órgãos de poder, poderá o judiciário julgar determinando que o outro órgão de poder materialize a norma, com o intuito de maximizar a força normativa constitucional sendo isto faceta do dever de harmonia entre os órgãos do poder em prol dos fundamentos e objetivos do Estado.

Nesses termos, quando o órgão de poder Judiciário determina a ação de outro órgão de poder, com base em argumentos jurídicos, fundados em normas jurídicas estabelecidas pela Constituição, atua dentro de sua função precípua exercendo “controle”, sendo isso vertente da separação dos poderes sob o aspecto positivo, que determina constitucionalmente a harmonia entre os órgãos de poder, fato este inerente à própria competência do judiciário (estendendo-se

---

<sup>226</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 197.917/SP**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Maurício Correa. Diário da Justiça de 7/5/2004. Brasília: [s.n.], 2004.



a mão ao outro órgão para permitir que a passada seja acelerada), almejando ele materializar os fins constitucionais mais rapidamente.

O processo coletivo se apresenta vocacionado ao controle judicial de políticas públicas quando a demanda é proposta contra o Estado.

Explica-se que as demandas individuais propostas contra o Estado possuem eficácia entre as partes do processo, o que, na prática, pode gerar questionamentos em relação ao direito fundamental à igualdade, pois poderá ser concedido o pleiteado em juízo apenas à parte, sem que terceiro, na mesma situação, que não foi ao judiciário, receba a prestação.

Essa disfunção em relação ao direito fundamental à igualdade pode ocorrer até mesmo entre as diversas partes que demandaram no judiciário, pois em se tratando de direitos individuais com causa de pedir própria, não haveria conexão necessária entre as diversas demandas, as quais seriam distribuídas entre diversos juízes que poderiam dar decisões contraditórias entre eles, com um juiz entendendo ser possível conceder o pedido a uma parte e outro juiz entendendo não ser possível, o que somente seria corrigido após muito tempo por intermédio do sistema recursal, isto se a parte recorrer.

De forma diversa, as ações coletivas tornam o juízo para onde ela foi distribuída prevento para apreciar a questão, o qual poderá decidir em relação a direitos difusos com eficácia *erga omnes*, reduzindo os efeitos negativos ao direito à igualdade.

Em termos processuais, a ação coletiva facilita a melhor produção probatória (ainda que não seja garantia disso), porque ao juiz é estabelecido uma postura ativa por estar a analisar interesse público sem que haja necessariamente partes com interesses contrapostos. Violin<sup>227</sup> leciona que o processo coletivo estrutural é em tese mais propício para ao exercício do dever de colaboração, pois não há verdadeiramente uma contraposição de interesses entre o Estado e a coletividade.

A ação coletiva reduz o custo do processo, cuja economia pode ser utilizada para a ajudar na materialização da política pública pleiteada. Diz-se isso porque o Estado, quando no polo passivo da demanda, necessitará empreender apenas uma vez esforços para provar o alegado em juízo, arcando apenas uma vez com o ônus pericial, reduzindo o trabalho do Procurador do Estado (advogado do Estado no Brasil), representando isso inclusive economia de tempo.

---

<sup>227</sup> VIOLIN, Jordão - **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013. 288p. ISBN 9788577618606. p.268.

Noutro sentido, propostas diversas ações individuais, deverá o Estado atuar em todas elas, as quais não necessariamente foram propostas na mesma cidade, devendo arcar com o custo do transporte e da produção probatória. A depender do número de processos, podendo inclusive comprometer a eficácia da prestação jurisdicional no Estado.

Reconhecendo-se a maior efetividade da tutela jurisdicional coletiva na análise judicial de políticas públicas, está o precedente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. FRALDAS GERIÁTRICAS. ART. 16 DA LEI 7.347/1985. EFEITO ERGA OMNES DA SENTENÇA NOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICIAL PROLATOR. 1. "As ações civis públicas, ao tutelarem indiretamente direitos individuais homogêneos, viabilizam uma prestação jurisdicional de maior efetividade a toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças" (AgRg no AREsp 122031/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 14/5/2012). 2. O acórdão recorrido não ostenta fundamento constitucional autônomo apto a justificar a incidência do óbice da súmula 126/STJ. 3. Agravo regimental não provido.<sup>228</sup>

Dessa forma, as ações de controle judicial de políticas públicas geram um efetivo impacto no orçamento. No Brasil, o orçamento é estabelecido por leis orçamentárias nos termos artigo 165 da Constituição brasileira, que representam um planejamento de receitas e despesas ao gestor público. Prolatada a decisão judicial a respeito de políticas públicas, o gestor público se vê obrigado a descumprir o disposto nas leis orçamentárias<sup>229</sup>, realocando recursos para uma despesa não prevista, com fins de cumprir a decisão judicial (sob pena de

---

<sup>228</sup> BRASIL. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.377.340/SC**. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Diário da Justiça Eletrônico de 20/6/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

<sup>229</sup> PISCITELLI, Tathiane - **Direito Financeiro Esquematizado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 271p. ISBN 9788530960254. p.76.

intervenção estadual ou federal, conforme o Ente da federação envolvido, de acordo com os artigos 34, VI, e 35, IV, da Constituição brasileira).

Nessas hipóteses de conflito entre a lei orçamentária e o cumprimento de decisões judiciais que envolvem políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem decidido em prol do pleno cumprimento das decisões, não obstante haja questões relacionadas ao planejamento orçamentário, dando primazia ao mínimo existencial, emanação direta do atributo da dignidade, em detrimento do interesse secundário do Estado em matéria de finanças públicas, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA [...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real

efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).<sup>230</sup>

Apesar disso, deve-se reconhecer que a questão financeira estatal no Brasil não é solucionada por decisões judiciais, decidindo o judiciário por assegurar um direito fundamental a um indivíduo por intermédio da materialização de políticas públicas, diante da escassez orçamentária, poderá acabar a vir a comprometer o direito fundamental de outro indivíduo diante da necessidade de realocação de recursos.

O judiciário deve ter consciência que as decisões judiciais tem eficácia normativa, não sendo por si só alteradoras da realidade, assim, ao menos que a decisão judicial se torne um valor monetário em si, a determinação ao gestor público de que este materialize uma política pública não prevista no orçamento, de forma microscópica importará em plena prestação do

---

<sup>230</sup> BRASIL - **Agravo Regimental no Agravo do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 15/9/2011. Brasília: [s.n.], 2011.

judiciário na defesa de direitos fundamentais, no exercício da função precípua da defesa de direitos, no entanto, de maneira macroscópica, ao comprometer o orçamento, poderá gerar desestabilização financeira que a longo prazo comprometa outros direitos fundamentais, sem se dar conta disso.

Procedimentalmente, a questão da impossibilidade financeira do Estado ou “reserva do possível” orçamentária é matéria de contestação que pode se consubstanciar em fato “impeditivo” do direito do autor da demanda, sendo ônus de quem alega a produção da prova a respeito, que no caso é do Estado. Acerca da reserva do possível, leciona Salazar e Grou que:

O condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos é que recebe a denominação de reserva do possível. Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofre públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo, o que já foi comentado acima.<sup>231</sup>

Não sendo produzida a prova acerca da impossibilidade financeira do Estado por nenhuma das partes, no momento de proferir a sentença, em razão da inafastabilidade do acesso ao judiciário e proibição de “non liquet” (é proibido deixar de decidir sobre os temas a ele levados), aplica-se a técnica de julgamento do ônus estático da prova, quando então se analisa a quem competia produzir a prova, julgando improcedente o argumento não provado por este.

Assim, alegada a impossibilidade financeira pelo Estado, compete a este provar esta alegação, sob pena de desconsideração do fato impeditivo do direito do autor invocado, conforme precedente do Tribunal de Justiça do Estado brasileiro de Minas Gerais:

---

<sup>231</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola - **A Defesa da Saúde em Juízo: Teoria e Prática**. São Paulo: Verbatim, 2009. p.94.

MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR- RESPONSABILIDADE MUNICIPAL - RESERVA DO POSSÍVEL - ÔNUS DE PROVA DO ENTE PÚBLICO. 1 - Em razão da autonomia federativa, compete a cada esfera de governo, enquanto gestores do Sistema Único de Saúde, o atendimento à saúde e à população, nos termos da Lei nº. 8.080/90, que determina a atuação solidária e de forma descentralizada dos entes federados. 2 - A tese defensiva da reserva do possível impõe o ônus de prova a quem a alega quanto aos seus elementos.<sup>232</sup>

Apesar desta regra procedimental ser aplicada amplamente, entende-se que deve haver responsabilidade em relação às contas públicas, não devendo o formalismo procedimental ser motivo para comprometimento da realidade orçamentária brasileira, em nítido desrespeito ao formalismo-valorativo, sobretudo porque o patrimônio público também é um bem indisponível.

Para isso, entende-se essa como a principal virtude da tutela jurisdicional coletiva no julgamento de questões relacionadas às políticas públicas, uma vez que o Ente-federativo poderá apresentar no judiciário, de forma concreta, o real impacto financeiro da decisão judicial no orçamento público, não apenas considerando um indivíduo, mas toda a coletividade a ser beneficiada.

No mesmo sentido, isso possibilitará ao juiz apreciar satisfatoriamente a questão da impossibilidade financeira do Estado em materializar a política pública e, nesta hipótese, caso realmente ela exista, se insistir em proferir decisão determinando a execução da política, correr o risco consciente de comprometer outro direito fundamental ou de prolatar uma decisão que na prática será desprovida de eficácia.

Assim, a jurisprudência do Tribunal Federal brasileiro da 5ª Região tende a considerar a reserva do possível um fator determinante da decisão, conforme precedente:

---

<sup>232</sup> MINAS GERAIS - **Ação Cível n. 10111090165361002**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3ª Câmara Cível. Rel. Desembargador Jair Varão. Diário da Justiça de 7/7/2014. Belo Horizonte: [s.n.], 2014.

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. PROJETO DE ATERRO SANITÁRIO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO QUANTO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE PÚBLICA. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESERVA DO POSSÍVEL. [...] 3. O controle jurisdicional das políticas públicas tem por fim concretizar os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, estando tal concretização condicionada pelo princípio da reserva do possível, traduzida binômio razoabilidade da pretensão deduzida e existência de disponibilidade financeira do Estado. 4. In casu, a pretensão deduzida pelo IBAMA em face do Poder Público está albergada pela razoabilidade e não encontra óbice na disponibilidade financeira do município, na medida em que fixou-se prazo razoável para a apresentação do projeto e do cronograma de execução da obra do aterro sanitário [...].<sup>233</sup>

Por essas razões, entende-se que o Poder Executivo federal agiu mal ao vetar o artigo 333 da Lei brasileira n. 13.105/2015, uma vez que ele poderia trazer maior benefício à tutela jurisdicional de direitos coletivos relacionados à exigência de políticas públicas, dizendo o referido artigo:

Lei brasileira n. 13.105/2015 - Artigo 333 (vetado) - Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só

---

<sup>233</sup> BRASIL - **Reexame Necessário n. 3066920124058310**. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. Rel. Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Diário da Justiça de 31/7/2014. Recife: [s.n.], 2014.

tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o



requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.<sup>234</sup>

A justificativa dada pelo Poder Executivo federal para vetar o referido artigo seria que “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes”<sup>235</sup>.

Discorda-se das razões do veto, notadamente porque a redação aberta dada ao dispositivo foi justamente para permitir que os critérios de conversão fossem decididos em concreto, diante da impossibilidade de se prever de forma taxativa todas as hipóteses de problemas aptos à tutela coletiva, o que demandaria extrema criatividade por parte do legislador. Certo que a conversão não seria totalmente desprovida de critérios, mas teria como balizas as hipóteses elencadas nos incisos I e II do artigo 333 da Lei brasileira n. 13.105/2015<sup>236</sup>.

Também se pensa que a conversão da ação individual em ação coletiva traria maior benefício a todas as partes envolvidas, porque, conforme exposto, traria economia processual e traria melhores instrumentos de produção probatória, criando um novo legitimado ativo coletivo (superveniente), por possibilitar que o autor da ação individual atue como litisconsorte unitário dos legitimados ativos ordinários da ação coletiva, para a condução do processo, demonstrando que isto não traria prejuízo para o direito de defesa e participação do autor da ação individual, apenas sanearia a propagação das demandas individuais logo no juízo de primeiro grau, sem que fosse necessária a uniformização que viria somente após longo período, quando iniciada a sistemática recursal, isto se houver recurso.

Nesse trabalho se defendeu no item 1.1 que a todo direito é possível existir um viés coletivo em sentido amplo, de segunda ou terceira dimensão, expôs-se também que a tutela jurisdicional coletiva no Brasil não se restringe aos “direitos coletivos”, mas é definida *ope*

---

<sup>234</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

<sup>235</sup> BRASIL - **Mensagem n. 56, de 16 de março de 2015**. Presidência da República. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 5/4/2015]. Disponível em WWW: URL <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>.

<sup>236</sup> BRASIL - **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW : <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

*legis*, podendo recair também sobre direitos individuais. Assim, os exemplos de exercício da tutela jurisdicional coletiva no Brasil são infinitos.

Exemplifica-se a tutela jurisdicional coletiva na defesa do direito à saúde, relacionada à política pública de fornecimento de medicamentos, conforme precedente do Tribunal de Justiça do Estado brasileiro de Minas Gerais:

REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO DO CIDADÃO. MEDICAMENTO COMPROVADAMENTE NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DA PARTE. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE RECEITA MÉDICA. MULTA. SENTENÇA CONFIRMADA NO REEXAME NECESSÁRIO. - A prestação à saúde compreende responsabilidade solidária de todos os entes federativos ante a norma constitucional, subsistindo obrigação conjunta de viabilizar todas as providências cabíveis à necessidade de eficácia do preceito fundamental. - O dever constitucionalmente estabelecido com direito fundamental em espécie, relativo à garantia da vida, impõe o acesso do cidadão a todos os mecanismos necessários à preservação da saúde, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal. - A disciplina constitucional relativa ao direito à saúde, tal qual inserta no artigo 196 da Constituição da República, impõe reconhecer seja dever da administração pública o fornecimento de medicamento e tratamento adequados, sempre em respeito à cláusula da reserva do possível, desde que apresentada periodicamente a receita médica. - Não há óbice à imposição de multa cominatória em desfavor do poder público, na medida em que constitui meio coercitivo legítimo a promover o cumprimento da determinação judicial.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> MINAS GERAIS - **Reexame Necessário n. 10223130015322001**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Rel. Desembargador Moacyr Lobado. Diário da Justiça de 17/9/2015. Belo Horizonte: [s.n.], 2015.

Também se apresenta como exemplo a utilização no Brasil da tutela jurisdicional coletiva com fins de obter políticas públicas na defesa do ambiente, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido.<sup>238</sup>

Afirma-se que há de se falar em controle judicial de políticas públicas por intermédio do procedimento da tutela jurisdicional coletiva quando o judiciário atuar na defesa de direitos pré-estabelecidos constitucionalmente, extrapolando esta função precípua, adentrará na competência dos outros órgão de poder, incidindo em ativismo judicial.

A segurança da não extrapolação dos limites é o próprio processo devido. A fixação da competência jurisdicional traz o primeiro aspecto de legitimação, uma vez que esta é fixada inicialmente na Constituição, em seguida por lei e sucessivamente pelas portarias dos Tribunais, nesta ordem, "legitimando" o órgão jurisdicional para decidir sobre o tema determinado.

---

<sup>238</sup> BRASIL - **Recurso Extraordinário n. 658.171/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 28/4/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

Em seguida, o respeito às garantias constitucionais do contraditório, permitirá uma participação pseudo-democrática dentro do processo, uma vez que se assegurará a manifestação de todos os envolvidos, não obstante a decisão não se baseie na vontade da maioria no processo, mas em critérios jurídicos pautados em normas que representam a vontade da maioria no legislativo. Assim sendo, ainda que se decida contra esta lei fruto da vontade da maioria no parlamento, far-se-á com base na Constituição enquanto norma fundamental, logo, sempre o judiciário, ao decidir, estará tendo como baliza uma norma jurídica prévia, atuando no exercício da função precípua dele (motivo pelo qual se entende que o controle de constitucionalidade não é antidemocrático, ao contrário, é ato de proteção de uma opção política prévia, no Brasil democrático, feita pelo Poder Constituinte Originário, tida como superior e vinculante às opções políticas das majorias futuras).

A decisão apta a ganhar o atributo da coisa julgada deve ser pautada em cognição exauriente do magistrado sobre o tema levado em juízo, servindo o contraditório exercido entre as partes como apenas uma das provas que servirão para embasar a decisão, podendo também serem produzidas no procedimento provas técnicas feitas por peritos ou autorizada a participação de *amicus curiae*, neste último caso qualificando positivamente a participação dos interessados no processo decisório.

A bem da verdade a produção da norma jurídica particularizada possui um critério legitimador que as leis não possuem, refere-se à necessidade da exposição dos motivos pelo qual o magistrado tomou a decisão.

O dever de fundamentação não existe aos legisladores, estes podem defender as opiniões na tribuna do órgão legislativo, no entanto isto é mera faculdade e, quando feito, tem-se como fim a tentativa de convencer outros parlamentares a seguir o posicionamento do orador (o que se equipararia à finalidade do contraditório na decisão) ou como tentativa de propaganda aos eleitores, demonstrando a opinião defendida pelo legislador no órgão legislativo. Todavia, em ambas as hipóteses, ainda que o legislador defenda em público o posicionamento "A" em detrimento do posicionamento "B", em situações em que é permitida a votação secreta, não há garantia de que o posicionamento defendido em público será aquele optado no momento do sufrágio.

A fundamentação judicial tenta, ainda que de forma mitigada, cumprir uma das muitas promessas não cumpridas pela democracia dos modernos, qual seja, a inexistência de decisões

estatais com fundamentos ocultos<sup>239</sup>. O magistrado ao prolatar a decisão ainda que guarde no íntimo do consciente dele determinada razão para decidir em prol de determinado tema, ao fazê-lo deverá trazer bons argumentos para que a decisão seja naquele sentido, e expostos os motivos de defesa em prol de do tema "A", não é lícito ao magistrado decidir pelo tema "B", sob pena de prolatar decisão com vício de congruência, permitindo recurso pela parte para saneamento da contradição (a exemplo dos embargos de declaração previstos no artigo 1.022, I, da Lei brasileira n. 13.105/2015) ou mesmo a decretação de invalidade da sentença.

Ademais, a necessidade de exposição das razões da decisão impõe uma técnica própria de argumentação não existente no âmbito do Legislativo. Caso se adote a teoria positivista, o magistrado trará argumentos de que a decisão está pautada em normas jurídicas, noutra sentido poderá trazer outros argumentos, não-positivistas, pautados por exemplo na superioridade dos valores ou de direitos naturais em detrimento das normas emanadas pelo Estado, ou no sentido de que as normas emanadas pelo Estado possuem um fundamento de legitimação injusto, pautado em uma sociedade patriarcal, como exposto por parcela da teoria feminista do direito.

Em todos os casos, a despeito da higidez teórica de uma teoria argumentativa em relação a outra, esta fundamentação será exercida a um duplo controle, necessariamente ao controle da opinião popular por intermédio da publicação da decisão (salvo hipóteses em que o sopesamento de direitos solicita que a decisão seja mantida em segredo de justiça) e possivelmente ao controle de outra instância judicial através da sistemática dos recursos.

Exemplifica-se na tutela jurisdicional coletiva argumentação posta nas hipóteses em que há a análise do princípio da proteção intergeracional do ambiente, quando a Constituição brasileira determina no artigo 225 o dever de se preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

Defende-se que nessa hipótese a Constituição brasileira, ao determinar que se considere os efeitos das decisões relativas ao ambiente nas futuras gerações, autoriza ao judiciário realizar fundamentação consequencialista<sup>240</sup>, ou seja, não somente restrita aos critérios de subsunção do fato à norma, mas também pautada na análise da perniciosidade ou não do resultado desta subsunção às futuras gerações.

---

<sup>239</sup> BOBBIO, Norberto - **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 207p. ISBN 9788577530878. p.41.

<sup>240</sup> MACCORMICK, Neil - **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 391p. ISBN 8533622511. p.165.

Chegou-se em determinado estágio a refletir que, para fins positivistas (ou pós-positivistas, ou neoconstitucionalistas), isto nada mais seria do que aplicar na decisão a norma jurídica derivada do princípio da precaução por eventual incerteza científica pelo dano ambiental. Todavia, isto seria válido se consideradas apenas as decisões em que o judiciário determinasse um não fazer, não sendo válido quando ele determinasse um fazer.

Entenda que não se diz que o judiciário não aplica o referido princípio, o que se afirma é que, aplicando ou não a referida norma-princípio da precaução, o judiciário faz de forma concomitante uma análise consequencial dos efeitos da decisão.

Assim, ainda que na eventual antinomia jurídica imprópria ocorrida entre o princípio da precaução e outro princípio (como os afetos à ordem econômica), o judiciário no caso concreto decida que, na hipótese, deverá prevalecer o outro princípio, por exemplo, o direito ao desenvolvimento sob o aspecto crescimento econômico e progresso da pesquisa, o judiciário, com autorização constitucional terá de aplicar uma terceira variável, qual seja, se a conduta hoje tida como proporcionalmente não perniciosa ao ambiente terá impactos que, para a geração futura, se mostram desproporcionais.

A título de exemplo, imagine a hipótese do uso da água no Estado brasileiro do Amazonas, ainda que o judiciário venha a entender que há abundância do bem, possuindo certeza científica de que o consumo exacerbado dele não trará perigo de escassez para a geração atual (logo vencendo princípio da precaução), deverá considerar outra variável, as consequências do consumo desregrado do bem às futuras gerações, podendo, com isto, validamente impor condutas positivas em relação às políticas públicas ambientais. Acerca da aplicação da análise intergeracional na defesa da água, manifesta-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS POR MEIO DE POÇO ARTESIANO. NECESSIDADE DE OUTORGA. 1. Quanto à aludida afronta aos artigos 12 e 20 da Lei Federal n. 9.433/1997 e 45 da Lei n. 11.445/2007, esta Corte possui posicionamento no sentido de que "o inciso II do art. 12 da Lei n. 9.433/97 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo.

Restrição essa justificada pela problemática mundial de escassez da água e que se coaduna com o advento da Constituição de 1988, que passou a considerar a água um recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico." 2. Note-se que o artigo 12, II, da Lei n. 9.433/1997, ao distinguir os usuários que tinham e os que não tinham acesso à fonte alternativa de água, revela-se como instrumento adequado para garantir o uso comum de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pelas presentes e futuras gerações, segundo uma igualdade material, não meramente formal (artigo 225 da CRFB), sobretudo considerando a finitude do recurso natural em questão. 3. Agravo regimental não provido<sup>241</sup>.

Cappelletti<sup>242</sup> também leciona que a atuação do judiciário nas políticas públicas tem a vicissitude de permitir que grupos minoritários e sem articulação política defendam em pé de igualdade posições jurídicas em face dos grupos majoritários, o que muitas vezes não é possibilitado pelo processo político no Legislativo.

Ademais, a própria sistemática recursal seria outra forma de controle que a produção da norma pela função jurisdicional possui e a produção normativa pelo Legislativo não. Afirma-se que não existe uma diferença qualitativa entre a produção da norma em abstrato pelo legislativo e a norma em concreto pelo judiciário, o que há são processos de legitimação e a amplitude de produção diferenciados.

Sob essa perspectiva, o controle judicial de políticas públicas feito no procedimento de tutela jurisdicional coletiva, ainda que seja apto à produção de uma norma com eficácia *erga omnes*, como ocorre nas sentenças relacionadas a direitos difusos, possui uma legitimação provinda da função constitucionalmente atribuída ao judiciário, no sentido de ser guardião da Constituição, aplicador das normas nos conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas (lides) e constituidor de situações jurídicas, quando a lei assim o determinar (processos de jurisdição voluntária em que não há lide), qualificando-se essa legitimação pelo princípio do processo devido.

---

<sup>241</sup> BRASIL - **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1352664/RJ**. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Diário da Justiça Eletrônico de 20/5/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

<sup>242</sup> CAPPELLETTI, Mauro - **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.134p. ISBN 8588278286. p.99

Logo, o órgão de poder judiciário, ao atuar na defesa de direitos no procedimento da tutela jurisdicional coletiva que tem como objeto ações positivas de outros órgãos de poder, atua dentro do limite da competência dele, inerente à própria competência se considerado o poder-dever de ele atuar harmonicamente com os outros poderes, com fins de proteção dos fundamentos e materialização dos objetivos do Estado brasileiro.



## CONCLUSÃO

O povo é o único titular do poder nos termos da Constituição brasileira, assim, o poder é uno e a ele pertencente. O poder de titularidade do povo é exercido pelo Estado para que este execute as finalidades de defesa dos interesses da população existente no território dele.

Competência é o limite de poder que um órgão do Estado possui, assim, divide-se inicialmente a competência em três órgãos, cada um dotado de uma função precípua, denominados órgãos de poder, sendo eles o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Realizou-se a separação de competências entre órgãos de poder com a intenção disto servir como instrumento de defesa contra eventuais abusos de quem estaria a o exercer.

A divisão de competências não atribui aos referidos “Poderes” personalidade jurídica própria, são assim meros órgãos do Estado, por isto neste trabalho são chamados de órgãos de poder.

Adota-se nesse trabalho classificação que divide os direitos em duas categorias, a individual e a coletiva, a ser as dimensões dos direitos fundamentais afetas à análise destas categorias, sendo os direitos de primeira dimensão analisados na perspectiva individual, os de segunda dimensão na visão coletiva em sentido estrito e os de terceira dimensão sob a ótica difusa.

Aos direitos de liberdade e propriedade, concedia-se tradicionalmente a garantia de não intervenção ou de mínima atuação por parte do Estado, restringindo-se com isto a competência deste. Assim, com o intuito de estabelecer a Constituição como documento limitador do poder estatal, proclamou-se, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a existência de uma Constituição estaria condicionada à previsão de garantia dos direitos e separação dos poderes.

A garantia de restrição da competência do Estado não se restringe aos direitos ligados à propriedade e à liberdade, mas alcança todas as categorias de direitos fundamentais, incluindo os relacionados ao valor igualdade ou solidariedade. Esta restrição contra atentados a direitos fundamentais por parte do Estado também é estendida aos particulares, havendo incidência horizontal da eficácia dos direitos fundamentais, impedindo que um particular atue de forma abusiva contra outro.

O processo devido se apresenta como garantia da restrição de competência, evitando-se que o Estado ou o particular atue de forma abusiva contra qualquer categoria de direitos fundamentais.

Adota-se um conceito amplo de processo, a ser ele o ato de produção normativa. O processo judicial, assim, passa a ser garantia fundamental de produção, pelo Estado-juiz, de normas que assegurem a abstenção, do próprio Estado e de particulares, de atos que possam violar direitos fundamentais.

Ressalte-se que o processo devido enquanto instrumento de garantia de outros direitos também precisa ser garantido, dando ao titular do direito fundamental o poder de exigir do Estado-juiz que este cumpra e coaja outros a cumprir a garantia do processo devido.

Noutro sentido, a sindicabilidade da inércia estatal diante da necessidade de condutas positivas era matéria a ser tratada exclusivamente no campo político, a estar apartada do controle jurisdicional em virtude de um modelo pautado na não intromissão do Judiciário no Legislativo ou Executivo, pela aplicação clássica do princípio da separação dos poderes e não reconhecimento de uma força normativa constitucional.

Foi o reconhecimento de direitos relacionados ao valor igualdade que deu início à exigibilidade normativa de atos prestacionais por parte do Estado. Todavia, os direitos ligados ao valor igualdade não são os únicos que rogam uma postura ativa, também solicitando isso direitos relacionados a outros valores, como a liberdade ou a solidariedade.

O direito a procedimento devido é exemplo de categoria jurídica que demanda atos prestacionais. O direito a procedimento em sentido amplo engloba o direito à organização e o direito a procedimento em sentido estrito, devendo os atos prestacionais de procedimento em sentido amplo serem realizados em conformidade com os direitos fundamentais. Existe a necessidade de adequação do procedimento a nível normativo e de adaptabilidade do procedimento ao caso concreto. Ademais, a instrumentalidade do processo transcende para que este sirva, além de mero instrumento de promoção de direitos materiais das partes, como verdadeiro instrumento a serviço da paz social.

O processo devido enquanto garantia de atuação deve ser normatizado e faticamente executado como instrumento em prol da proteção de direitos fundamentais e da realização dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, feito de forma adequada e adaptada, de maneira que assegure um resultado fático eficaz.

O processo devido, enquanto garantia instrumental em prol de direitos fundamentais, também deve ser realizado de maneira que não atente contra a opção política originária de divisão de competências entre órgãos de poder.

Nesses termos, quando o judiciário extrapola os limites de competência constitucionalmente estabelecidos a ele, comete ato ilícito, configurando verdadeiro ativismo judicial. Assim, órgão de poder judiciário não deve interferir no mérito do ato administrativo, ou seja, na liberdade discricionária de realização de um juízo de valor sobre os elementos motivo e objeto do ato administrativo, desde que estes não estejam vinculados à lei e o motivo já não haja sido previamente declarado pela Administração.

Em sequência, para fins procedimentais, existe no Brasil um microsistema de tutela coletiva compreendido por diversas leis esparsas, tais como a Lei brasileira n. 7.347/85, a Lei brasileira n. 4.717/65, a Lei brasileira n. 8.429/92 e a Lei brasileira n. 8.078/90, realizando-se um diálogo entre as fontes normativas, tendo como referencial aglutinador a Constituição brasileira.

A tutela jurisdicional coletiva no Brasil não é restrita aos direitos coletivos, o sistema brasileiro optou politicamente por estabelecer *ope legis* quais direitos deveriam ser tutelados proceduralmente pelo rito da “tutela jurisdicional coletiva”, vindo a englobar tanto os direitos coletivos em sentido amplo quanto os direitos individuais propriamente ditos.

A tutela jurisdicional coletiva é pautada por uma plêiade de princípios corolários do macroprincípio do devido processo legal, tais como o direito de acesso à ordem jurídica coletiva efetiva, à legitimação adequada, à certificação adequada, à competência adequada e à coisa julgada diferenciada.

Ato contínuo, surge no Brasil um movimento intitulado neoconstitucionalismo, tendo como objeto a constituição brasileira, admitindo a relação entre moral e norma, com uma vertente doutrinária no sentido de que o valor é fonte de legitimação da norma.

Entende-se que o neoconstitucionalismo seria a aplicação pós-positivista a nível constitucional, tendo como objeto a Constituição, acreditando essa linha de pensamento ter como a finalidade do direito a promoção do atributo dignidade, o qual é objeto de proteção dos direitos fundamentais, não possuindo pretensão de ser uma teoria universal, por só poder ser aplicado em países com constituições tidas como documento normativo hierarquicamente

superior, fruto de uma opção política democrática, contendo normas de defesa de direitos fundamentais.

Considerando os ditames da referida teoria, a separação de poderes não é um fim em si mesma, é apenas um instrumento voltado para salvaguarda do atributo dignidade e direitos fundamentais dele irradiantes.

O Estado Social importou em um alargamento das atribuições do Legislativo, o qual ficou assoberbado e incapaz de dar respostas rápidas e eficientes às novas e constantemente mutáveis demandas socio-econômicas, obrigando o Legislativo a ceder atribuições ao Executivo. O Legislativo e o Executivo são dois órgãos de poder que ganharam significativo acréscimo na competência, tornando-os nos dois novos gigantes do período atual. A atuação positiva ou não do Poder Judiciário nas políticas públicas é o que determinará se ele continuará com o posicionamento tradicional de limitação a salvaguardar um não-fazer por parte do Estado ou se ele se tornará em um terceiro gigante, contrabalanceando positivamente o sistema de freios e contrapesos.

Adota-se o termo "ativismo" como algo pernicioso, diferenciando-se do termo "controle", mais afeto à sistemática de atuação válida dentro dos limites de competência do órgão de poder.

Quando um órgão de poder executa a função do outro não como atividade colateral, mas como atividade precípua, está a executar o ativismo. Mas quando o órgão de poder judiciário determina a ação de outro órgão de poder, com base em argumentos jurídicos, fundados em normas jurídicas estabelecidas pela Constituição, atua dentro de sua função precípua exercendo "controle", sendo isso vertente da separação dos poderes sob o aspecto positivo.

O processo coletivo é instrumento adequado e desejável para a análise judicial de políticas públicas, promovendo o direito fundamental à igualdade, produção probatória e economia processual.

A segurança da não extrapolação dos limites de competência pelo órgão de poder Judiciário, quando atuar no controle de políticas públicas por intermédio do processo coletivo, é o próprio processo devido, possuindo o referido órgão critérios de legitimação próprios.

## BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. ISBN 8574208728.

ARAUJO, Rodrigo Mendes de - **A Representação Adequada nas Ações Coletivas**. Salvador: JusPODIVM, 2013. 276p. ISBN 978857761861-3.

ARISTÓTELES - **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2015. 283p. ISBN 857232459. p.170.

ASSOCIAÇÃO AMAZONENSE DE MUNICÍPIOS - **Distância dos Municípios em Relação à Capital Manaus**. [S.l.:s.n.][19—?]. [Consult. em 12 Out. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://portal.cnm.org.br/sites/8100/8133/Distancia\\_dos\\_Municipios\\_em\\_relacao\\_a\\_cap.pdf](http://portal.cnm.org.br/sites/8100/8133/Distancia_dos_Municipios_em_relacao_a_cap.pdf)>.

BECK, Ulrich - **Sociedade de Risco: Rumo A Uma Outra Modernidade**. São Paulo, 2010. 368p. ISBN 8573264500.

BOBBIO, Norberto - **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 207p. ISBN 9788577530878.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p. ISBN 8535215611.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006. 239p. ISBN 8527403285.

CAMBI, Eduardo - **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527p. ISBN 9788520335635.

CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.134p. ISBN 8588278286.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. 168p. ISBN 8588278294.

CARBONELL, Miguel [et. al.] - **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos**. Madrid: Trotta, 2007. 334p. ISBN 9788481649284.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina: 2010. 1522p. ISBN 9789724021065.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo - **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 286p. ISBN 9788520344163.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 383p. ISBN 8574209317.

CONSTANT, Benjamin - **Escritos de Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 315p. ISBN 8533621957.

DIDIER JR., Fredie - **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. 593p. ISBN 8577610756.

\_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael - **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. 713p. ISBN 8577610748.

\_\_\_\_\_. ZANETI JR., Hermes - **Curso de Direito Processual Civil**. v.4. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 476p. ISBN 8577619389.

\_\_\_\_\_. **Editorial 167**. 4/4/2013. Salvador: [s.n.], 2013. [Consult. em 23 Mar. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/page/3/>>.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto - **Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. 447p. ISBN 9788576602774.

DINIZ, Maria Helena - **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. 578p. ISBN 8502016342.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna - **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006. 197p. ISBN 8576290766.

DWORKIN, Ronald - **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p. ISBN 9788533623804.

FIORAVANTI, Maurizio - **Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones**. 5.ed. Madri: Trotta, 2007. 165p. ISBN 9788481641196.

FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS - **Carta de Vitória: Enunciados do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. 1º Mai. 2015. Vitória: [s.n.], 2015. [Consult. em 4 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://portalprocessual.com/carta-de-vitoria-enunciados-do-v-encontro-do-forum-permanente-de-processualistas-civis/>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] - **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1.162p. ISBN 8521803532.

\_\_\_\_\_. Direito processual coletivo. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). **Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006, 308p. ISBN 9788522442324.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John - **O Federalista**. 3.ed. Capinas: Russell, 2010. 548p. ISBN 9788589251761.

HART, Herbert Lionel Adolphus - **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 399p. 9788578270964.

HESSE, Konrad - **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. 34p. ISBN8588278189.

KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 427p. ISBN 9788578272050.

LEITE, Maria Oderlânia Torquato; SILVA, Maria Coeli Nobre da - O Microsistema do Processo Coletivo e a Tutela dos Direitos Repetitivos: Meios de Racionalização das Decisões Judiciais. **Processos Coletivos**. ISSN 2176-1795. v. 7, n. 1. (Jan./Mar 2016). [Consult. em 2 Jan. 2016]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/69-volume-7-numero-1-trimestre-01-01-2016-a-31-03-2016/1688-o-microsistema-do-processo-coletivo-e-a-tutela-dos-direitos-repetitivos-meios-de-razionalizacao-das-decisoes-judiciais>>.

LIMA, Francisco Meton Marques de - **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: Por uma Hermenêutica Reabilitadora do Homem como Ser-moralmente-melhor**. Fortaleza: ABC, 2001. 399p. ISBN 8587653989.

LIMA, George Marmelstein - Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi [Em linha]**, ano 8, n. 173, dez. Teresina (2003). [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL:<http://jus.com.br/artigos/4666>>.ISSN 1518-4862.

LIMA, Renato Brasileiro de - **Manual de Processo Penal**. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 1.760p. ISBN 8577619893.

LOCKE, John - **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2011. 158p. ISBN 8572324941.

MACCORMICK, Neil - **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 391p. ISBN 8533622511.

MACHADO, Paulo Affonso Leme - **Direito Ambiental Brasileiro**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1136p. ISBN 8574209252.

MAQUIAVEL, Nicolau - **O Príncipe**. Brasília: Brasil, [s.d.]. 109p. Domínio Público. p.4. [Consult. em 23 Mar. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=24134](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=24134)>.

MARINONI, Luiz Guilherme - **Teoria Geral do Processo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 523p. ISBN 9788520331132.

MARQUES, Claudia Lima - Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da EMESE**. Aracaju. EMESE. n.7 (2004). p.15-55. [Consult. em 18 Mai. 2014]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/7.pdf>>

MASTRODI, Josué - **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 131p. ISBN 9788537503331.

MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 798p. ISBN 8574205621.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro - **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 379p. ISBN 9788520335437.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2009. 1486p. ISBN 9788502078192.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de - **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. 733p. ISBN 9788572326445.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro - **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008. 239p. ISBN 9788576602316.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William - **Controle de Constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Impetus, 2004. 366p. ISBN 8587002589.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção - **Manual de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. 503p. ISBN 9788530944612.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.021p. ISBN 852032851.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano - **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. 236p. ISBN 9788561996031.



NOVELINO, Marcelo - **Manual de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Método, 2008. 1125p. ISBN 9788530944803.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira, Coord - **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPODIVM, 2008. 1.005p. ISBN8577610489.

\_\_\_\_\_. **Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-valorativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 306p. ISBN 9758502066786.

PISCITELLI, Tathiane - **Direito Financeiro Esquematizado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 271p. ISBN 9788530960254.

RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333p. ISBN 9788502085800.

RAMOS, João Gualberto Gracez - **Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. v.46, 2007. 236p. ISSN 22367284.

REALE, Miguel - **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 192p. ISBN 8502014056.

SABBAG, Eduardo - **Manual de Direito Tributário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1158p. ISBN 9788502148581.

SCHMITT, Carl - **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial. 377p. ISBN 8420680575.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola - **A Defesa da Saúde em Juízo: Teoria e Prática**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SEN, Amartya - **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409p. ISBN 978-85-71649781.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph - **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que Tiers État?**. 6.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2009. 116 p. ISBN 9788579871825.

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 878p. ISBN 8574204749.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - **Código de Processo Penal Comentado**. v.1. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.855p. ISBN 8502103911.

VIOLIN, Jordão - **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013. 288p. ISBN 9788577618606.

VENTURI, Elton - A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo, coord. - **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 464p. ISBN 9788520330319.

ZAVASCKI, Teori Albino - **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 272p. ISBN 978852033541.

## PRECEDENTES E DOCUMENTOS CORRELATOS

BRASIL - **Reclamação n. 473**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Victor Nunes Leal. Diário da Justiça de 8/6/1962. Brasília: [s.n.], 1962.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n. 22.164/SP**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min Celso de Mello. Diário de Justiça da União de 17/11/1995. Brasília: [s.n.], 1995.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 228.955-9/RS**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ilmar Galvão. Diário da Justiça de 10/2/2000. Brasília: [s.n.], 2000.

\_\_\_\_\_. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça de 22/11/2002. Brasília: [s.n.], 2002.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 195.056/PR**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Velloso. Diário da Justiça de 30/5/2003. Brasília: [s.n.], 2003.

\_\_\_\_\_. **Súmula 649**. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 9/10/2003. Brasília: [s.n.], 2003.

\_\_\_\_\_. **Súmula 704**. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 9/10/2003. Brasília: [s.n.], 2003.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 197.917/SP**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Maurício Correa. Diário da Justiça de 7/5/2004. Brasília: [s.n.], 2004.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.578**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Cármen Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico de 3/4/2009. Brasília: [s.n.], 2009.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n. 24.677/DF**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Velloso. Diário da Justiça de 23/4/2004. Brasília: [s.n.], 2004.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 27931**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 1/4/2009. Brasília: [s.n.], 2009.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 466.343**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico de 5/6/2009. Brasília: [s.n.], 2009.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1.177.453/RS**. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Diário da Justiça Eletrônico de 30/9/2010. Brasília: [s.n.], 2010.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Agravo do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP**. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 15/9/2011. Brasília: [s.n.], 2011.

\_\_\_\_\_. **Reclamação n. 8.163**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Diário da Justiça Eletrônico de 28/11/2011. Brasília: [s.n.], 2011.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1.201.317/GO**. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Diário da Justiça Eletrônico de 14/12/2011. Brasília: [s.n.] 2011.

\_\_\_\_\_. **Orientação Jurisprudencial n. 130**. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais II. Diário da Justiça de 25/9/2012. Brasília: [s.n.], 2012. [Consult. em 17 Abr. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_2/n\\_S6\\_121.htm#tema130](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S6_121.htm#tema130)>.

\_\_\_\_\_. **Reclamação Constitucional n. 1.503/DF**. Supremo Tribunal Federal. Rel. para acórdão Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 10/12/2012. Brasília [s.n.], 2012.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 356.577/MG**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça Eletrônico de 12/3/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Ação Penal n. 470**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário da Justiça Eletrônico de 22/4/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1352664/RJ**. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Diário da Justiça Eletrônico de 20/5/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 238.427/PR**. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Cueva. Diário de Justiça Eletrônico de 9/8/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.151.010/RJ**. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Maia Filho. Diário da Justiça Eletrônico de 30/8/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 834.666/SP**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 7/10/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Conflito de Competência n. 113.788/DF**. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Diário da Justiça eletrônico de 23/11/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Conflito de Competência n. 126.601/MG**. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Diário da Justiça Eletrônico de 5/12/2013. Brasília: [s.n.], 2013.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 179**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 28/3/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 791.542**. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico de 28/4/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 658.171/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico de 28/4/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 617.428/SP**. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça eletrônico de 17/6/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.377.340/SC**. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Diário da Justiça Eletrônico de 20/6/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Reexame Necessário n. 3066920124058310**. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. Rel. Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Diário da Justiça de 31/7/2014. Recife: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 631.111**. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki. Diário da Justiça Eletrônico de 30/10/2014. Brasília: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Ação Rescisória n. 2.928/CE**. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ericson Marinho. Diário de Justiça Eletrônico de 7/4/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 995.995/DF**. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça Eletrônico de 9/4/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n.1.508.277/RS**. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico de 30/6/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

\_\_\_\_\_. **Recurso de Revista n. 203853720135040014**. Tribunal Superior do Trabalho, Rel. Min. Alberto Pereira. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 16/10/2015. Brasília: [s.n.], 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Pres. Diego García Sayán, sentença de 17 de novembro de 2009. Sao José: [s.n.], 2009. p.17. [Consult. 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. Pres. Diego García Sayán, sentença de 24 de novembro de 2010. São José: [s.n.], 2010. p. 1-5. [Consult. 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_219_esp.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Caso Liakat Ali Alibux vc. Suriname**. Pres. Huberto Porto, sentença de 30 de janeiro de 2014. São José: [s.n.], 2014. [Consult. 12 Jun 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)>.

MINAS GERAIS - **Ação Cível n. 10111090165361002**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3ª Câmara Cível. Rel. Desembargador Jair Varão. Diário da Justiça de 7/7/2014. Belo Horizonte: [s.n.], 2014.

\_\_\_\_\_. **Reexame Necessário n. 10223130015322001**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Rel. Desembargador Moacyr Lobado. Diário da Justiça de 17/9/2015. Belo Horizonte: [s.n.], 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Observaciones del Comité de Derechos Humanos a Comunicación 64/1979**. Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, observações de 24/3/1982. Nova Iorque: [s.n.], 1982. [Consult. 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR%20Observaciones%20a%20Comunicacion%2064-79.html>>

## LEGISLAÇÃO E PROPOSTAS LEGISLATIVAS

BRASIL - **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União de 31/12/1940. Brasília: [s.n.], 1940. [Consult. em 13 Nov. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União de 13/10/1941. Brasília: [s.n.], 1941. [Consult. em 13 Nov. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1964.** Diário Oficial da União de 5/7/1965. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Diário Oficial da União de 17/1/1973. Brasília: [s.n.], 1973. [Consult. em 6 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985.** Diário Oficial da União de 25/7/1985. Brasília: [s.n.], 1985. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: [s.n.], 1988. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Diário Oficial da União de 16/7/1990. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Diário Oficial da União de 12/9/1990. Brasília: [s.n.], 1990. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Diário Oficial da União de 3/6/1992. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.** Brasília: [s.n.], 1992. [Consult. 10 Jul. 2015]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm).

BRASIL - **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.** Brasília: [s.n.], 1992. [Consult. 10 Jul. 2015]. Disponível em WWW: URL <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Diário Oficial da União de 11/11/99. Brasília: [s.n.], 1999. [Consult. em 10 Abr. 2015]. Disponível em WWW: URL <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Diário Oficial da União de 11/1/2002. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.741, de 1º de Outubro de 2003.** Diário Oficial da União de 3/10/2003. Brasília: [s.n.], 2003. [Consult. em 11 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 18 de Mar. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Mensagem n. 56, de 16 de março de 2015.** Presidência da República. Diário Oficial da União de 17/3/2015. Brasília: [s.n.], 2015. [Consult. em 5/4/2015]. Disponível em WWW: URL <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm)>.

GIDI, Antônio - Código de Processo Civil Coletivo. Um Modelo para Países de Direito Escrito. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. N. 111. Ano 28. (Jul./Set. 2003). p. 192-208. [Consult. em 25 Ago. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947207](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947207)>.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. **Universo Jurídico.** Juiz de Fora: Universo Jurídico. ISSN 2177-028X. Ano XI (06 de jun. de 2005). [Consult. em 25 Ago. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2128/codigo\\_modelo\\_de\\_processos\\_coletivos\\_para\\_iberamerica](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2128/codigo_modelo_de_processos_coletivos_para_iberamerica)>.

MÉXICO - **Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de febrero del 1857.** Diário Oficial de 5/2/1917, 4ª época, Tomo V, n. 30. Querétaro: [s.n.], 1917. [Consult. em 10 Fev. 2015], Disponível em WWW: <URL: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf)>.

PORTUGAL - **Constituição da República Portuguesa.** Lisboa: [s.n.], 1976. [Consult. em 12 Jun. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 83/95, de 31 de Agosto.** Diário da República, I Série-A, n. 201 de 31/8/1995. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Lisboa: [s.n.], 2010. [Consult. em 9 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=>)>

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.** Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Diário da República, 1ª série, n. 121, 26/6/2013. Lisboa: [s.n.], 2013 [Consult. em 10 Jun. 2014]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis)>

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - **Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum).** São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos [s.d.]. [Consult. 8 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores->

%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at  
%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos [s.d.]. [Consult. 8 Jan. 2015]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

ZENTRALE FÜR UNTERRICHTSMEDIEN - **Weimar Constitution**. [s.l.:s.n.:s.d.]. [Consult. em 10 Fev. 2015]. Disponível em WWW: <URL: [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php)>.