

DOUTRINA

DA GUARDA PREVIDENCIÁRIA

Ângela M. Sobreira D. Tavares

Promotora de Justiça

SUMÁRIO

1. GENERALIDADES ACERCA DA GUARDA. 2. DA GUARDA NO E.C.A. 3. DA GUARDA PREVIDENCIÁRIA. 4. DA TUTELA PREVIDENCIÁRIA. 5. POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS.

De situações vividas no nosso dia-a-dia frente à 4ª Promotoria de Justiça – 4ª Vara de Família da Capital, surgiu-nos, assim como para muitos outros aplicadores do Direito, a problemática inerente a um tema que, tão freqüentemente, nos tem preocupado: a **GUARDA PREVIDENCIÁRIA**.

Diante da sempre renovada repetição de proposições que entendemos esdrúxulas e/ou desautorizadas, resolvemos coletar algumas das nossas manifestações e submetermos a nossa posição ao crivo de colegas e estudiosos que em muito mais são capazes de melhor desincumbir-se da análise.

Esperando poder demonstrar, de forma sucinta, as noções e distorções existentes sobre o tormentoso tema, socorremo-nos da lição ministrada por FERNANDO PESSOA, o extraordinário poeta-filósofo da Literatura Portuguesa: *“Deus quer, o homem sonha e a obra nasce”*.

Atrevo-me, pois, a tentar cumprir a tarefa...

1. GENERALIDADES ACERCA DA GUARDA

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Eis o que afirma o art. 227 da Constituição Federal e que o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente repete, recomendando sua efetivação.

A Constituição fala do **Estado** e o Estatuto, do **Poder Público**. No fundo é a mesma coisa.

A Constituição Federal de 1.988 estatui que o **Pátrio poder é exercido pelos pais na mais estrita colaboração** e em igualdade de condições.

Entre os deveres que o Código Civil impõe aos pais em relação aos filhos, encontra-se a *guarda*. **“Tê-los em sua companhia e guarda”** – é a linguagem utilizada no art. 384, inciso II, do citado *codex*.

A atribuição da guarda confere, além dos direitos de direção e educação, o *direito-dever* de ter o filho sob a sua guarda, ou seja, de detenção material, tudo no interesse da proteção e formação dos menores.

E assim o é, porque a guarda do filho constitui, além de um **direito**, também uma **OBRIGAÇÃO** que os pais, em princípio, não podem deixar de cumprir sob pena de incidirem no cometimento de crimes previstos no nosso Código penal, tais como “Abandono Material” (art. 244), “Entrega de filho menor a pessoa inidônea” (art. 245), “Abandono intelectual” (arts. 246 e 247) etc.

Para que possam, os pais, atender e cumprir com os seus direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, estão armados de amplas faculdades sobre a pessoa e bens dos filhos. E, para que, em sua plenitude, desenvolva-se, o exercício daqueles **direitos e deveres**, fundamental se faz que o filho esteja de fato e de direito **sob a guarda e companhia dos pais**, como normalmente ocorre.

As situações especiais surgem:

- I. Quando da separação (de fato ou judicial) dos pais;
- II. Quando a guarda do menor é ‘pretendida por’ ou ‘conferida a’ terceiros.

INTERESSA-NOS, no momento, a guarda de menor conferida ou pretendida por terceira pessoa, ou seja, da guarda prevista na Lei n.º 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

2. DA GUARDA NO E.C.A.

O Estatuto, como de meridiano saber, faz um forte apelo à participação de todos para a consecução de suas metas, uma vez que ele só se cumprirá em sua totalidade, quando **todos** se sentirem responsáveis pela sua prática.

Para o caso de colocação de criança ou adolescente em **família substituta**, prevê, a Lei n.º 8.069/90, três possibilidades: **Tutela, Guarda e Adoção**.

Destaque-se, por primeiro, que **Família substituta** é aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais do próprio casa, uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi **desprovido da família natural**, para que faça parte integrante dela, para que nela se desenvolva.

Portanto, o **objetivo** da Lei Menorista é que aquela criança (ou adolescente) passe a ser membro da família que generosamente a acolhe, que livremente a quer entre os seus, dispensando-lhe tudo de que precisa sobretudo e principalmente, **amor**.

Em se tratando de **adoção**, passará, o adotado, a ter todos os direitos e deveres do filho de sangue. **A Guarda e a Tutela podem ser revogadas, mas a Adoção é para sempre**.

E, nesse ponto, não se pode deixar de lembrar que **dar uma família à criança é um ato de grandeza imensurável, é demonstração de desprendimento, de extrema capacidade de repartir e se doar**.

Retornando ao tema, destaca-se que o **Pátrio Poder é um direito que admite desmembramento sendo possível a convivência subdividida e pacífica do Pátrio Poder e do direito de guarda: aquele com os pais, este com uma terceira pessoa**.

E assim o é, porque a **Guarda é da essência mas não da natureza do Pátrio Poder**.

A palavra **Guarda**, com bem o diz CALDAS AULETE ("Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa", Editora Delta), lembra, de imediato, o verbo **guardar**, no sentido corrente, usual, de **"manter consigo, ter em depósito, conservar em seu poder"**.

JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO ("Do Pátrio Poder", Ed. Revista dos Tribunais) lembra que **"o traço principal e**

característico da guarda consiste em ter garantida a posse do menor" e mais: que a guarda é **"o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este"** (OS DESTAQUES NÃO SÃO DO ORIGINAL).

Notório é, ainda, o conhecimento de que a custódia natural dos filhos são os pais, dentro do molde tradicional de família. Essa é a guarda **legítima, natural**, decorrente do exercício do Pátrio Poder.

Em ocorrendo a fragmentação da família, em sendo rompido, prejudicado ou afastado o exercício daquele poder, melhor dizendo, na ocorrência de dissolução (de fato ou de direito) da sociedade conjugal ou do divórcio, a guarda ou custódia pode, nos termos da regras do **Direito de Família**, ser conferida ao pai ou a mãe, através de **acordo** ou poderá ser **delegada** a um dos genitores ou mesmo a terceiros, por **decisão judicial**.

Já a Guarda outorgada exclusivamente por Decisão Judicial em virtude de **decadência** (de ambos os pais) **do exercício do pátrio poder**, encontra regulamentação na Lei n.º 8.069/90, *verbis*:

Art. 33. *A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.*

§ 1º. *A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.*

§ 2º. *Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.*

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trata da Guarda nos seus arts. 33/35, como forma de colocação de Criança e/ou Adolescente em **FAMÍLIA SUBSTITUTA**, como forma de

regularização de uma situação fática preexistente ou seja, de regularização da situação de menor que já se encontrava fora do pátrio poder e sob a posse/custódia do requerente.

Destarte, o *pressuposto fundamental* para a concessão da Guarda, é que o menor esteja, *de fato*, entregue a terceiros, ao desabrigo do pátrio poder.

O *segundo pressuposto*, nos termos, do § 1º do art. 33, do ECA, é que haja um título jurídico a ser perseguido (tutela ou adoção), através do qual o guardião poderá prestar, ao menor, a ampla proteção de que aquele necessita.

A hipótese do art. 33, § 2º, ou seja, a possibilidade de, ser deferida a guarda, fora dos casos de tutela e adoção estende-se apenas e tão somente a *situações peculiares, excepcionais e especialíssimas*, pois estabelece uma guarda sem título, abrigada apenas na necessidade de proteção do menor.

Seria, por exemplo, o caso de *ausência dos pais* do domicílio do menor, por longo período, no curso do qual houvesse necessidade do exercício do direito de representação. Alguém, em tal emergência, poderá ser investido na condição de representante a título precário, com o fim de salvaguardar os interesses da criança ou do adolescente.

3. DA GUARDA PREVIDENCIÁRIA

A Guarda, adotada pelo Legislador brasileiro para designar a custódia de menores, tem se prestado a *equívocos* e a verdadeiras *distorções*, exatamente por desatenção ao verdadeiro significado do vocábulo e objetivo do Instituto.

Na grande maioria dos *pedidos* de guarda postos à apreciação do Judiciário, observa-se que *os menores têm pais vivos* (normalmente desempregados ou ganhando pouco) e, muitas vezes, *residentes, juntamente com o menor, na casa do requerente, objetivando-se, com o pleito expendido, apenas e tão somente a transmissão* (para netos ou sobrinhos), *como se eternos ou como se herança fossem, os benefícios previdenciários de que dispõe o pretenso guardião.*

Como se disse, normalmente os menores vivem, **de fato e de direito**, sob o Pátrio Poder, sob a guarda e responsabilidade, dos pais, embora recebam, do Requerente, ajuda financeira.

Ultimamente vem proliferando nos Juízos de Família **pedidos de Guarda para efeitos unicamente Previdenciários**, ou seja, para que menores possam ser habilitados como dependentes econômicos de avós ou tios, junto aos Órgãos Previdenciários, ao argumento de que os pais não dispõem de recursos para o sustento dos filhos.

Sem desprezar as **razões de ordem humanitária** desses pedidos, é evidente que o Instituto da guarda tem sua natureza e finalidades próprias, que não podem ser desvirtuadas para servir a outros objetivos, mormente para a **artificial transferência da guarda** de menores para parentes com vista na inscrição dos mesmos junto à Previdência Social - cuja receita, à evidência, também incumbe ao Judiciário defender.

A falta ou carência de recursos não constitui condição bastante para a pseudo colocação de menores em família substituta, notadamente quando se tem plena ciência de que tal não ocorrerá; que permanecerão os menores, de fato, sob guarda e direção dos pais.

Ademais, **inexiste, no Ordenamento Jurídico pátrio, a hipótese de outorga da Guarda apenas e tão somente para o fim de transmissão de benefícios previdenciários.**

Normalmente o Demandante, mesmo sendo avô, tio ou parente dos menores, não detém, de fato, a custódia daqueles. Consequentemente, não existe nenhuma situação fática a ser regularizada no que pertine à **guarda**.

Muitas vezes encontramos, nos Processos postos à nossa apreciação, situações em que avós **valetudinários e idosos (de 70, 80 anos de idade) buscam a guarda de netos de 2, 5, 10, 15... anos.**

Numa dessas ocasiões, coube-nos apreciar a situação de uma avó de setenta e cinco (75) anos de idade, **aposentada** – logicamente – que buscava, com o aval dos pais, a guarda de dois (2) netos do sexo masculino, de 4 (quatro) e de 2 (dois) anos de idade, respectivamente.

Interrogando as Testemunhas arroladas, pudemos constatar que:

1. Os pais dos menores moravam ao lado da casa da Requerente;

2. Os genitores dos menores eram *capazes* e o pai dos menores trabalhava regularmente;
3. A mãe dos menores, filha da Requerente, passava os dias na casa da Suplicante, juntamente com os filhos;
4. A mãe dos menores cuidava da casa e da comida da Requerente e, bem assim, dos seus filhos, banhando-os, alimentando-os, levando-os a médicos, à escola etc;
5. Era, a Requerente, portadora de uma saúde extremamente debilitada: — tinha pressão alta, diabetes, problemas de coração, úlcera crônica... o que lhe impossibilitava a realização de qualquer esforço.

Configurava-se, a hipótese, a delineada busca **pela eternização da aposentadoria da avó, uma vez que esta, sob nenhum aspecto, dispunha de condições físicas para guardar, criar ou educar duas crianças de 2 (dois) e de 4 (quatro) anos de idade...**

Sobre o tema, oportuno afigura-se o **alerta** do Desembargador gaúcho, JOÃO ANDRADES CARVALHO, *verbis*:

“Um dos **vícios** que criou raízes de difícil extirpação nos juízos e tribunais é o do **puro e simples deferimento de pedido de guarda “para efeitos previdenciários”**. É a guarda de fachada, a guarda da farsa, a guarda impregnada de burla, outorgada pela “**consciência social**” dos juízes, mas paga pelos **contribuintes da Previdência oficial** (quadro a que não pertencem os Magistrados). Geralmente são os avós que, invocando o desemprego ou outros problemas de natureza pessoal dos pais, pedem a “guarda” dos netos. Às vezes moram todos sob o mesmo teto, avós, pais, netos. Outras vezes, não. Em qualquer das hipóteses nada muda nas relações de fato com os menores. Mas **o que se cria é uma anomalia jurídica, que abjura toda a construção científica do pátrio poder**. Desse é extirpado o dever de guarda e passam a conviver ambos os institutos sobrepostos, mas **amputados**: a guarda, por **lhe faltarem fundamentos legais**; o pátrio poder, por **ter perdido, em favor da guarda, na forma do art. 33 da Lei 8.069/90, o dever de ‘assistência material, moral e educacional’**. A pergunta é inevitável: **para que**

serve, em tais casos, o pátrio poder ?

O fundamento básico desses pedidos de ‘guarda’ é de que os menores não gozam dos benefícios da Previdência social e de que o Estado tem o *dever* de estender-lhes tal proteção. A via direta, descompromissada com o combalido tesouro da Previdência, é o Poder Judiciário.

Ora, *o primeiro dever de guarda, proteção e assistência é dos pais, que geraram a prole. O Estado não tem deveres absolutos para com os cidadãos, nem se presta como sucedâneo para a irresponsabilidade paterna.* Se os pais não têm condições para o exercício pleno do pátrio poder, devem ser dele *demitidos* ou *suspensos*. Essa seria a providência legal de que se poderiam servir os avós: pedir a suspensão do pátrio poder dos pais e tomar sob *tutela* os netos. Mas, ao invés disso, eles preferem, às custas do Estado, o acesso mais fácil à compassividade de quem, estimulado pela hipertrofia do próprio ego, embebido de poder, sem compromisso com a ciência jurídica, tem a palavra final.” (“Tutela, Curatela, Guarda, Visita e Pátrio Poder”, Aide Editora, p. 161-162) .

(OS DESTAQUES NÃO SÃO DO ORIGINAL)

Esse entendimento que, de há anos vem sido defendido pelo Dr. LUIZ CARLOS, Juiz de Direito de uma das Varas da Infância e da Juventude de Recife/PE e Professor da Escola da Magistratura de Pernambuco, mereceu igual interpretação por parte de mestres como MARCO AURÉLIO SILVA VIANA, BASÍLIO DE OLIVEIRA e de inúmeras Cortes de Justiça do País.

A Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991 (com alterações dadas pela **Medida Provisória n.º 1.523-3**, de 9 de janeiro de 1997), seguida do **Decreto n.º 2.172**, de 5 de março de 1997 e finalmente, da **Lei n.º 9.528**, de 10 de dezembro de 1997, acabaram, no Direito brasileiro, com a Guarda Previdenciária.

Quando editados, a MP 1523-3/97 e o dec. 2.172/97, geraram inúmeras polêmicas, especialmente por serem tidos como conflitantes com a disposição contida no art. 33, § 3º, do ECA (“**A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins de direito, inclusive previdenciários**”).

Ditas discussões restaram superadas pela Legislação subsequente e, hoje, assentado encontra-se que: **somente podem ser dependentes previdenciários o irmão, o filho e o menor tutelado.**

Desse modo, se, antes, vivenciávamos as dicotomias de uma interpretação ambígua quanto à guarda previdenciária, desaguamos para uma situação ainda mais delicada: – Para haver dependência previdenciária, há que se buscar a TUTELA que, por sua vez, implica na prévia e obrigatória destituição do Pátrio Poder...!

4. DA TUTELA PREVIDENCIÁRIA

Compete-nos, preambularmente, lembrar que:

“A Tutela é o conjunto de poderes e encargos conferidos pela lei a um terceiro para que zele pela pessoa de um menor que se encontra fora do pátrio poder (GRIFAMOS), e lhe administre os bens” (SILVIO RODRIGUES, 1982, p. 398).

O E.C.A. trata da Tutela em seus arts. 36/38, também como uma das formas de colocação de Criança e Adolescente em família substituta, **IMPONDO**, para o deferimento, a **prévia decretação de perda ou destituição do pátrio poder** (art. 36, parág. único) – decretação essa a ser procedida em decorrência de um **Procedimento Ordinário e Contraditório** (arts. 24 e 155/163), **nos casos autorizados pela Legislação Civil**, bem como nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22, da citada Lei 8.069/90.

Normalmente, para lastrear os pedidos de Tutela, informam os Requerente que o(s) menor(es) vive(m) sob a sua guarda e responsabilidade; que os pais encontram-se deslocalizados etc. Muito embora isso nem sempre corresponda à realidade...

Todavia, o Estatuto da Criança e do adolescente é claríssimo quando **exige**, para a concessão da Tutela de menores, a **prévia decretação da perda ou suspensão do Pátrio Poder**.

Deste modo, a Tutela **somente** poderá ser deferida **após a decretação da perda ou suspensão do Pátrio Poder**, por intermédio

de procedimento próprio, que ultimar-se-á com uma *Sentença* a ser *averbada* à margem do Registro de Nascimento do(a) Tutelado(a) e implicará no dever de Guarda.

Em se constatando que, para o deferimento da Tutela deverão, os pais, serem destituídos ou suspensos do pátrio poder, pertinentes afiguram-se as seguintes **colocações e/ou indagações**:

Em se sabendo que somente diante de **maus tratos** infringidos ao menor, **abandono** deste ou **ausência** dos pais ocorrerá a perda ou suspensão do pátrio poder, patente afigura-se a constatação de que, aquela penalidade somente advirá diante de uma infração cometida. E, aí, há que se indagar:

✧ Não seria o caso de, ao infrator, ser aplicada uma das *penalidades* previstas no Código Penal ?

✧ A perda ou suspensão do Pátrio Poder se fará, no Juízo de Família, pura e simplesmente, sem qualquer *penalidade* para os *irresponsáveis pais* ?

5. POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS

Contrariando as posições e entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais expendidos, encontramos, na Doutrina pátria e mesmo nas decisões emanadas das nossas Cortes de Justiça, argumentos contrários à tese ora defendida.

No entendimento de JOSÉ RAFFAELLI SANTINI,

“É comum os avós postularem a guarda de neto, quando o pai ou a mãe com eles residem, trabalham, mas só tem assistência médica do INSS, inexistindo, também, a hipótese de os pais estarem desempregados. Querem, portanto, proteger seu filho colocando-o sob o manto do **convênio médico privado** mantido pelo avô. A hipótese está se tornando muito comum no dia-a-dia forense. O que se tem notado é que muitos juízes não têm acolhido citada pretensão, afirmando que isso iria *contribuir*

para a ociosidade dos pais dos menores'. Outro argumento, este extraído de uma interessante matéria publicada na Revista dos Tribunais, de autoria de Ana Maria Moreira Marchesa, Promotora de Justiça no Rio Grande do Sul, é no sentido de que 'Tais pedidos devem ser indeferidos, porque a situação fática, nesses casos, estará em discrepância com a jurídica. Em suma, é uma simulação, com a qual o MP, como custos legis, e o juiz competente não podem ser coniventes, sob pena de se fomentar o assistencialismo à custa de entidades não destinadas a esse fim'.

Todavia, mesmo respeitando tão abalizadas opiniões, entendemos que, nas espécies enfocadas deve ser deferido o pedido de guarda pleiteado pelo avô. É que todo o direito menorista tem por finalidade maior o bem estar e a felicidade da criança e do adolescente. De outra feita, o § 2º do art. 33 do ECA dá suporte legal ao citado entendimento.

[...]

Finalizando, temos a dizer que, no exercício de nossa função judicante na área da Infância e Adolescência, agimos de forma a acolher os pedidos referentes à guarda para fins previdenciários [...]. Assim procedemos, no entanto, com o objetivo de visar sempre ao interesse do menor, principalmente em um país miserável como o nosso no atendimento social, em que o acesso dos menos favorecidos à previdência e à saúde públicas praticamente inexistente.

Todavia, a matéria continua a suscitar interpretação divergente na jurisprudência [...].” (ADOÇÃO – GUARDA – MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS – DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA – PRÁTICA, Editora Del Rey, p. 35-41).

Com a devida *vênia* e respeito de que é merecedor O DR. RAFFAELLI SANTINI (Juiz Titular da Vara da Infância e da Juventude e Professor na Faculdade de Direito da Unifenas, em Poços de Caldas, Minas Gerais) e, bem assim, a jurisprudência (não unânime – destaque-se) por ele coletada junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é de se reconhecer

que minoritária é a posição adotada e, como dito anteriormente, o deferimento da guarda fora dos casos de tutela e adoção, previsto no art. 33, § 2º, do ECA, não se presta, como pretendido, como lastro para a **tutela assistencial** ou para a concessão de **guardas humanitárias**, uma vez que fora dos casos taxativamente expressos em Lei (Tutela e/ou Adoção), somente será deferida uma guarda em situações especialíssimas ou para suprir a eventual falta dos pais.

E, à e v i d ê n c i a ,

- ✦ **NÃO** pode ser tida como especial ou excepcional a pobreza de alguém;
- ✦ **NÃO** pode, no Brasil, ser tida como especial ou excepcional a deficiência no atendimento social ou médico;
- ✦ **NÃO** pode ser tida como especial ou excepcional a impossibilidade de acesso, pelos menos favorecidos, a uma assistência médica *particular...*

FINALIZANDO , é de se constatar que:

- PRIMEIRO.** São, os pais, **responsáveis** pela criação, manutenção e educação dos filhos;
- SEGUNDO.** Na ausência dos pais, pode, o Judiciário, dentro das hipóteses legais, proceder à colocação do menor em uma família substituta;
- TERCEIRO.** Inexiste a possibilidade de se proceder àquela colocação unicamente para fins previdenciários, quer por intermédio da Guarda (de fachada), quer por intermédio da Tutela;
- QUARTO.** Diante de pedidos de Tutela, não se pode desprezar a imputação de responsabilidade aos pais - quando da apreciação dos pedidos de destituição do pátrio poder.

LEGISLAÇÃO ORGÂNICA DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL NO ESTADO DE ALAGOAS E OUTROS ESTADOS NO BRASIL (*)

Flavio Luiz Schieck Valente

Médico, Mestre em Saúde Pública e Nutrição, Coordenador Geral da ÁGORA – Segurança Alimentar e Cidadania (Brasil); Secretário Executivo Nacional do Fórum Brasileiro de Segurança alimentar e Nutricional e Secretário Internacional do Fórum Global de Segurança Alimentar e Nutricional, Ponto Focal Latino Americano da WANAHR – Aliança Mundial para a Nutrição e Direitos Humanos.

Alexandra Beurlen

Bela. em Direito, Especialista em Direito Processual, Promotora Pública do Estado de Alagoas, Assessora Técnica do Procurador-Geral de Justiça, Membro do Fórum Alagoano de Segurança Alimentar e Nutricional.

SUMÁRIO

I. Legislação Nacional e Internacional sobre o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. II. A Realidade brasileira em termos de realização do Direito Humano à Alimentação. III. O conteúdo do Direito à Alimentação. IV. Remédios e limites ao acesso à Justiça pelas vítimas de violações. V. A proposta de Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional do Governo do Estado de Alagoas. VI. Dificuldades encontradas na implementação do Comentário Geral n. 12 em Alagoas.

Legislação Nacional e Internacional sobre o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil¹

1. A *ÁGORA* desenvolveu, com o apoio da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, um estudo profundo dos aspectos jurídicos e práticos da operacionalização do Direito Humano à Alimentação

(*) Texto de apoio distribuído como subsídio à apresentação do tema pelos autores no Encontro Internacional de Direito Humano à Alimentação e Nutrição, promovido pelo Instituto Norueguês de Direitos Humanos e pelo Instituto de Pesquisa em Nutrição da Universidade de Oslo, em Oslo, de 18 a 21 de Junho de 2000.

¹ Item redigido com base no texto da consultoria jurídica elaborado por Ranieri Lima Resende e Renato Zerbini Ribeiro Leão, ao “Projeto de apoio técnico à incorporação dos direitos econômicos, sociais e culturais ao Programa Nacional de Direitos Humanos”, desenvolvido pela *Ágora*.

Adequada no Brasil ², no contexto da revisão do Programa Nacional de Direitos Humanos objetivando a incorporação neste dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais. ³

2. Este estudo constatou que o Brasil ratificou todos os pactos, convenções e declarações internacionais que tratam dos Direitos Humanos. Ratificando estes documentos, o Estado e a Sociedade Brasileiras comprometeram-se internacionalmente a respeitar tais princípios.⁴ Internamente, após serem aprovadas e promulgadas pelo Congresso Nacional, as Convenções tornam-se parte integrante do ordenamento jurídico, adquirindo o *status* de lei. De acordo com a doutrina nacional contemporânea, as convenções internacionais sobre Direitos Humanos, diferentemente de outras, adquirem hierarquia constitucional, sendo incorporada ao rol dos direitos fundamentais definidos no Capítulo I, Título II, da Constituição Federal.

3. O Direito Humano a Alimentação e Nutrição é previsto, implícita ou explicitamente, em todas as Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil. Isto significa que além das suas obrigações constitucionais, o Estado Brasileiro é internacionalmente comprometido a respeitar, proteger e realizar este direito humano dentro de suas fronteiras. Em 1998, o Brasil reconheceu a competência da Corte Americana de Direitos Humanos, ficando sujeito a responder perante a mesma por qualquer violação ocorrida após esta data.⁵

4. De acordo com os documentos internacionais, o Estado Brasileiro tem que criar as condições necessárias para que cada um e todos os seus habitantes tenham acesso, por seus próprios meios, a

² A *ÁGORA* – Segurança Alimentar e Cidadania – é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público que desenvolve atividades que visam a promoção do Direito Humano à Alimentação e Nutrição, por meio de ações, programas e políticas públicas de segurança alimentar, em nível local, nacional e internacional. A *ÁGORA* tem sua sede em Brasília.

³ Valente, F.L.S. et ali. “Projeto de apoio técnico à incorporação dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao Programa Nacional de Direitos Humanos - enfocando o Direito Humano à Alimentação” Brasília, *ÁGORA*, 2000.

⁴ Art. 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

⁵ Decreto Legislativo 89 de 3 de dezembro de 1998. Maiores informações ver p. 14 do Anexo III.

alimentação e nutrição, assegurando sua capacidade de produzir sua subsistência e provendo assistência aos que não tenham condições de adquirir o alimento.^{6 7}

5. Em relação aos direitos da criança, o Brasil assinou a convenção Internacional do Direito da Criança⁸, em 26 de Janeiro de 1990, e a converteu em Decreto Legislativo⁹, em 14 de Setembro de 1990.

6. A demanda pelos direitos da criança pode ser individualmente feita através do direito de petição, inclusive nos casos de negação, por parte do Estado, da garantia da recuperação do bom estado nutricional e de saúde. Quando a violação afeta um grupo de pessoas, a demanda pode ser implementada através de Ação Civil pública.¹⁰

7. Outras legislações também relacionadas a outros aspectos do Direito Humano à Alimentação Adequada estão incluídas na normatização do Programa Nacional de Alimentação Escolar, bem como no Código do Consumidor.¹¹

8. O Estudo referido confirmou que há disposições legais, inclusive constitucionais, no sentido do respeito, da proteção e da realização do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. O desafio real é como operacionalizar estas disposições e torná-las efetivamente acessíveis a todos os habitantes do país.

⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XXV, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948; e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), art. 11, promulgada no Brasil através do Decreto 591 de 6 de julho de 1992.

⁷ Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Protocolo de San Salvador”, artigo 12 – Direito à Alimentação. San Salvador, El Salvador, 17 de novembro de 1988. Ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996.

⁸ Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

⁹ Decreto de lei n.º 28/90, pelo Congresso Nacional.

¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n.º 8069/90).

¹¹ Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8078/90.

A Realidade brasileira em termos de realização do Direito Humano à Alimentação

9. Apesar de toda a legislação existente e muitas declarações públicas por parte do Governo Federal reafirmando o compromisso do Estado e do governo brasileiro com a implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada, a realidade do país contradiz frontalmente estas intenções propagandeadas:

- Até a presente data, o governo brasileiro não apresentou o relatório sobre a implementação do Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que deveria ter feito em 1997;
- O relatório paralelo da sociedade civil sobre este tema – apresentado como subsídio para os órgãos de direitos humanos da ONU em abril próximo passado – demonstra o nível de violações correntes aos diferentes Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito à Alimentação, tudo extremamente ligado às imposições do FMI em seu Plano de Estabilização Monetária. Quase 20% (30 milhões) da população continua a viver em indigência e 40% (60 milhões) abaixo do nível de pobreza, de acordo com dados oficiais.

10. Todos os avanços significativos acontecidos no Brasil, na última década, foram reflexo de uma forte mobilização da sociedade civil em torno do tema e todos os futuros eventuais avanços dependerão da intervenção contínua dos movimentos sociais, tanto em termos de direitos civis e políticos, quanto em relação aos direitos econômicos sociais e culturais.

11. Ao mesmo tempo, é importante registrar que importantes setores dos Governos Federal e Estaduais, e do Poder Legislativo estão mais e mais abertos a discutir a abordagem de Direitos Humanos na implementação e no monitoramento das Políticas Públicas. Esta abertura tem sido extremamente importante para a consolidação destes avanços.

12. Esta é a arena técnica e política em que o Movimento Nacional pela Segurança Alimentar e Nutricional vem ativamente propondo a criação dos Conselhos Estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional (paritários entre governo e sociedade civil) para discutir,

sugerir e monitorar a implementação de estratégias de operacionalização do Direito Humano à Alimentação Adequada, institucionalizando-as através de Leis Orgânicas Estaduais.

13. O Fórum Brasileiro de Segurança alimentar e Nutricional está buscando apoio técnico e financeiro junto à FAO – Organização de Alimentação e Agricultura, ao UNHCHR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos - e ao UNDP – Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas, em parceria com o governo de vários estados brasileiros para consolidar e institucionalizar este processo.

O conteúdo do Direito à Alimentação

14. O conceito do Direito o Direito Humano à Alimentação e Nutrição no Brasil é holístico e incorpora os componentes nutricionais, culturais, fisiológicos, familiares, comunitários, espirituais e religiosos do ato de alimentar-se e alimentar, refletindo claramente a indivisibilidade dos Direitos Humanos. O amplo conceito de Segurança Alimentar e Nutricional, aprovado pela I conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (1994) foi adotado, consensualmente, em um Encontro Nacional, envolvendo representantes do Governo Federal e Sociedade Civil, que produziram uma proposta para promoção da Segurança Alimentar e Nutricional para todos.

15. O consenso existente na sociedade brasileira em relação à **indivisibilidade** dos Direitos Humanos não se estende ao conceito de “justiça social”, principalmente no Poder Judiciário. A necessidade de políticas públicas que promovam e garantam o acesso à terra, a geração de novas ocupações produtivas, a redistribuição de riquezas e a segurança social, como elementos indispensáveis para a realização do Direito à Alimentação, não é consensual. Muitos não vêm a necessidade de tais políticas especiais, entendendo que as medidas tomadas para garantir a “estabilidade econômica” são mais importantes e eventualmente levarão à redução da pobreza.

16. Embora existam o contexto normativo referido; várias políticas isoladas e iniciativas políticas; e esforços de consenso e parceria desenvolvidos entre sociedade civil e governo federal em torno do tema, até a presente data não existe estratégia definida, com claros prazos para, progressivamente, implementar as ações

necessárias para realizar o Direito Humano à Alimentação e Nutrição no Brasil.

17. A criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) em 1993 foi a resposta do governo federal ao forte clamor da sociedade civil pela erradicação da fome, da miséria e da exclusão social. Por dois anos este órgão de parceria influenciou fortemente a elaboração e o monitoramento das Políticas Públicas. No entanto, sua influência não foi forte o suficiente para se contrapor de forma eficiente aos pontos principais das políticas econômicas do FMI. Um plano estratégico de Segurança Alimentar e Nutricional, escrito pelo CONSEA com base nos resultados da Primeira Conferência Nacional de Segurança Alimentar, foi apresentado ao presidente recém eleito Fernando Henrique Cardoso. O plano incluía ações em quatro áreas políticas essenciais: reforma agrária e desenvolvimento de agricultura sustentável; distribuição de renda e criação de novas oportunidades de emprego; programas de assistência alimentar aos sócio e biologicamente vulneráveis; e a promoção de práticas de alimentação e estilos de vida saudáveis.

18. A proposta nunca foi implementada e o Conselho de Segurança Alimentar foi substituído por um novo programa: Comunidade Solidária, com o encargo de promover uma rede de proteção social de acordo com as recomendações do FMI e do Banco Mundial. A grande diferença é que este novo Conselho sequer tem em seu mandato a possibilidade de interferir ou questionar as decisões e políticas econômicas do governo.

19. Em resposta a este fato, esforços coordenados por organizações e movimentos da sociedade civil levaram à criação, em 1998, do Fórum Brasileiro de Segurança Alimentar e Nutricional com respaldo em pelo menos 15 dos 27 estados da federação. O Fórum Nacional aceitou o desafio de retomar o processo, apresentando uma proposta de estratégia para a elaboração de planos estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional, a nível dos estados, geridos por organismos de parceria entre governo e sociedade civil, apresentando-o aos governadores recém eleitos em 1998. A resposta foi muito positiva e no contexto deste processo, foi que o estado de Alagoas decidiu elaborar uma Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, de acordo com o Comentário Geral n. 12 (Comentário de *Experts à Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*), a qual é discutida abaixo.

20. Com o aprimoramento do processo a nível estadual, a discussão de uma Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional foi aberta entre o Fórum Brasileiro e parlamentares. A idéia é, se possível, combinar os dois esforços com o apoio de parceiros nacionais e internacionais.

Remédios e limites ao acesso à Justiça pelas vítimas de violações

21. A legislação brasileira, precipuamente a Carta Magna, criou e manteve instrumentos judiciais que permitem à população exigir do Estado atenção aos seus direitos humanos (não especificamente o direito à alimentação, mas inclusive). Apesar disto, os três níveis obrigacionais concernentes aos direitos humanos – respeitar, proteger e preencher (este subdividido em facilitar e promover) – não têm sido atendidos.

22. Ao Ministério Público¹², na Constituição Federal de 1988, foi atribuído o dever de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive zelando pelo respeito do Poder Público aos direitos por ela assegurados, incumbindo-se de promover as medidas necessárias à sua garantia.¹³

23. Destaque merece a atuação ministerial no âmbito da Improbidade Administrativa, que mais diretamente incomoda a atividade política nacional. A transparência da Administração Pública, presente nos discursos do Presidente, não parece meta de sua gestão. A exemplo do desaparecimento quase total das Delegacias de Controle Interno, todos os órgãos que atuam em busca da lisura administrativo-financeira vêm sofrendo perdas – tudo sob o pretexto de reduzir despesas com o funcionalismo público.

24. Há, ainda, projeto de lei que tramita no Congresso criando um “Conselho Político” com poder de demitir membros do Ministério Público que “permitam acesso” de informação à sociedade, através dos veículos de comunicação, quanto à apuração de atos de improbidade administrativa.

¹² Art. 127 c/c 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³ Art. 127 c/c art. 129, II, CF/88.

25. Conta a sociedade com um Ministério Público, que embora seja considerado o real defensor da sociedade, longe está de atender a todos os seus anseios ou executar todas as suas atribuições. Atualmente, além do pequeno número de Promotores de Justiça (esfera estadual) e Procuradores da República (esfera federal), a falta de estrutura física e de apoio, demonstra a política interessada no seu sucateamento.

26. Recentemente, sob o argumento de atender às exigências do Fundo Monetário Internacional, foi aprovada a Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁴ que atribui ao Ministério Público orçamento de 2% da receita prevista pelo Estado, o que tem implicado em “Pânico Institucional”, face à necessidade de diminuição de despesas, podendo gerar a colocação de Promotores em “disponibilidade”. Este é um exemplo claro de como o Governo Federal trata aqueles que exercem a defesa da sociedade. Da mesma forma está sendo tratado o Poder Judiciário (limite de 6%).

27. Dentre outras, essas são algumas das medidas normativas adotadas pelo Governo Federal incompatíveis com a defesa dos direitos humanos e, especificamente o direito à segurança alimentar e nutricional.¹⁵

28. Conhecido é o fato de que o “acesso à justiça”, embora reconhecido constitucionalmente, não vem sendo garantido aos cidadãos, pois, além da desinformação total quanto aos seus direitos e respectivos meios de proteção judicial, a Defensoria Pública Brasileira é desaparelhada, cerceando, por conseguinte o acesso ao Poder Judiciário daqueles “reconhecidamente pobres”.

¹⁴ LC n.º 101/00.

¹⁵ Um exemplo concreto da violação de Direitos Humanos pelo Estado é a forma com que este lida com a seca que se abate sobre a região nordeste há mais de um século. Nenhuma medida preventiva efetiva foi tomada desde então, assim, milhões de pessoas nesta região não têm seu direito à alimentação adequada garantido (neste caso à água). Com esta omissão o único meio que os governantes entenderam passível de implementação foi a doação de alimentos. Mas mesmo esta alimentação distribuída, normalmente em anos de eleição, não corresponde às necessidades básicas da população, não sendo digna sequer de ser chamada de “ração nutricional” (cuja idéia, por não satisfazer o direito à alimentação adequada, é rejeitada pelos organismos internacionais).

A proposta de Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional do Governo do Estado de Alagoas

29. A sociedade civil e o atual governador do estado de Alagoas estão entre os primeiros que responderam positivamente à proposta do Fórum Brasileiro de Segurança Alimentar e Nutricional. Durante o ano de 1999, um intenso processo de Planejamento Estratégico Participativo foi desenvolvido em níveis local, microregional e estadual, pelo governo, com significativa participação de setores da sociedade. Este plano definiu prioridades de desenvolvimento e projetos estratégicos para o estado e para as suas diferentes microregiões, para o período de 1999-2002. A promoção integrada da Segurança Alimentar e Nutricional para todos, de acordo com a organicidade do Direito Humano à Alimentação Adequada foi definida como uma das três prioridades centrais do Estado.

30. O governo do Estado, baseado nos resultados deste debate, criou o Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional do Estado de Alagoas, ligando-o ao Gabinete do Governador, o qual será, ainda, regulado pela lei orgânica de segurança alimentar e nutricional, cujo projeto está em fase de elaboração e discussão no âmbito do Poder Executivo.

31. No início do ano 2000 o Governador do Estado solicitou, através da Secretaria de Planejamento, que o Ministério Público (Estadual e Federal) elaborasse uma proposta de Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional para normatizar o funcionamento do Conselho e os meios para a implementação do Plano Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional (em anexo a proposta do Ministério Público).

32. Para atender às recomendações do Comentário Geral n. várias dificuldades foram identificadas e são discutidas abaixo. Algumas delas relacionadas ao fato de que esta lei é estadual e, assim, deve adaptar-se a esta circunstância. Outras são relativas ao sistema jurídico brasileiro, *per se*, e, finalmente, outras requerer discussões mais aprofundadas para identificar ou criar novos mecanismos operacionais.

Dificuldades encontradas na implementação do Comentário Geral n. 12 em Alagoas

33. O primeiro aspecto a ser considerado e, para o nosso sistema jurídico talvez o mais importante, é que a legislação proposta, que é estadual, tem limites não impostos à nacional. Um exemplo está na impossibilidade de criação de novos institutos do direito civil, processual ou penal.

34. Por conseguinte, o anteprojeto apresentado não pode criar novos mecanismos que vinculem o Estado no adimplemento de suas obrigações, no entanto, mesmo que pudesse não faria sentido, uma vez que muitos são os instrumentos já disponíveis.

35. Falando sobre uma legislação nacional (ressalvas serão feitas quanto à estadual), tem-se que a responsabilidade do Estado Brasileiro quanto ao direito à alimentação adequada está baseada nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quando esta estabelece como seu fundamento a “dignidade da pessoa humana”¹⁶.

36. No mesmo sentido, a erradicação da pobreza é norma programática, prevista como objetivo do Estado¹⁷. A partir de então, seja como condição indispensável à vida, seja como parte integrante de dispositivos espalhados no corpo da Lei Maior, o direito à alimentação está nela inserido.

37. O parágrafo segundo do artigo 5º - o qual trata dos direitos fundamentais da pessoa humana – estabelece claramente que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. No título que trata da Ordem Econômica e Financeira aparece, como princípio também diretamente ligado ao direito à alimentação adequada, a *busca do pleno emprego*¹⁸.

38. A previsão constitucional do direito à alimentação, embora definitivamente imprescindível, não resolve os problemas concretos de sua aplicabilidade ou até mesmo da viabilidade de sua

¹⁶ Art. 1º, da CF/88.

¹⁷ Art. 3º, III da CF/88.

¹⁸ Art. 170, VIII.

concretização. No Brasil, apesar da pouca doutrina existente em torno do tema, dúvidas não existem quanto à responsabilidade do Estado em combater a desnutrição, a fome e a miséria no país, bem como assegurar os direitos correlacionados como a moradia – com legislação recentemente aprovada –, o acesso à terra e ao trabalho etc.

39. Tal previsão constitucional, no entanto, não está vinculada a nenhuma outra norma que estabeleça como dar cumprimento a tal objetivo, o que o deixa na esfera da deliberação política, sendo impossível ao cidadão exigir, judicialmente, o seu adimplemento (inexistem, nestes moldes, instrumentos de garantia).

40. A produção de uma legislação nacional (ou estadual) que defina a estrutura necessária para o atendimento do referido dever, bem como os meios pelos quais serão cumpridos (através das metas e estratégias definidas pelo Conselho), transformará a matéria que era considerada um programa em normas de eficácia plena (no que já está totalmente regulado pelo legislador) e de eficácia contida (nas partes em que exigem a definição posterior, no caso concreto, do Conselho), o que já viabilizará a utilização dos instrumentos processuais existentes.

41. A criação de um *instituto ou mecanismo* que identifique o constrangimento da implementação do direito à alimentação e medidas legislativas para superar tais constrangimentos, em nosso ordenamento jurídico será inconstitucional *se de natureza coercitiva*, pois o nosso sistema de governo é presidencialista, apenas permitindo a intervenção do Legislativo e do Judiciário exclusivamente nas hipóteses taxativamente previstas.

42. A ingerência política, no entanto, como se disse, é permitida aos Poderes Legislativo e Judiciário, nas hipóteses do art. 85, da CF/88, que expressamente estabelece como crimes de responsabilidade *os atos que atentem contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais*, bem como *a probidade na administração*, o que poderia gerar o *impeachment* do Presidente da República e sua condenação penal, obedecidos os procedimentos especialmente previstos para tanto.

43. Ressalte-se que embora prevista tal possibilidade¹⁹, não é praxe brasileira tal fiscalização e punição, em face deste tipo de violação, caso contrário, muitos Presidentes já teriam sofrido impedimento.

¹⁹ Art. 49, X, CF/88.

44. A sistematização da segurança alimentar e nutricional, como foi estabelecido no anteprojeto alagoano, contudo, é perfeitamente viável. Os órgãos inseridos no sistema – incluídos os governamentais (secretarias ou ministérios, de acordo com o âmbito de abrangência da lei) – serão responsáveis pelo diagnóstico da situação de (in)segurança alimentar e pela fixação de estratégias e metas a serem implementadas para concretização do direito.

45. No ordenamento positivo brasileiro, não há como obrigar o legislador a legislar, portanto, salvo através de pressão política, as medidas legislativas que forem entendidas como necessárias ficarão à mercê da aprovação ou não do Poder Legislativo (sem falar na iniciativa dos projetos de lei, também limitada).

46. Mandado de Injunção, previsto constitucionalmente para suprir omissões legislativas que impeçam o exercício de direito constitucional, não é meio hábil para solução de lesões a direitos difusos, pois a normatização pelo Poder Judiciário limita-se ao caso concreto *sub judice*.²⁰

47. Quanto às *metas e indicadores*, tem-se que não é nacionalmente possível, pelo caráter da “lei” – que deve ser geral e abstrata – estabelecer metas e prazos na lei de segurança alimentar e nutricional, tal deve ser feito pelo Conselho, discutido pelo Governo e inserido na lei orçamentária, a qual tem este objetivo específico. Poder-se-ia criar um anexo da lei de segurança alimentar que fizesse constar as referidas metas, mas não é técnica legislativa mais adequada.

48. A lei, em nosso sistema legislativo, não pode fazer o papel de programas políticos, a não ser as normas-programas, as quais refletem valores e não são auto-executáveis, o que não parece objetivo da comunidade internacional.

49. Outras soluções jurídicas, todavia, podem ser obtidas, por exemplo: Caso não preveja o Estado, através do Poder Executivo, em seu orçamento, determinado montante para atender às medidas concretas já definidas pelo Conselho, estará violando a lei de segurança alimentar (os valores estão limitados pela nova lei de responsabilidade fiscal), e, como consequência, estará deixando de praticar ato de ofício – obrigatório – o que consiste em ato de improbidade administrativa.

²⁰ Art. 5º, LXXI da CF/88.

50. Ressalte-se que não houve, ainda, manutenção de decisão que punisse por improbidade administrativa administrador processado por incidência no referido artigo.

51. Quanto ao valor a ser destinado, no orçamento do Estado, às políticas de alimentação e nutrição deverá ser negociado entre o Conselho e o Estado, podendo ser determinado, através de Ação Civil Pública ou Ajuste de Conduta em Inquérito Civil – existindo objeção do Poder Executivo - caso haja uma atividade ou programa específico, mas não percentuais abstratos.

52. A vinculação de percentuais do orçamento a serem aplicados em segurança alimentar só poderá ser feita constitucionalmente, pois caso a Magna Carta almejasse fixar quantitativo para tanto já o teria feito, a exemplo dos 25% destinados à educação (que na maioria dos municípios não é cumprida – nem por isso os administradores são punidos). Solução para este problema somente poderá ser dada através de emenda constitucional.

53. Voltando às medidas judiciais possíveis para exigência do cumprimento das obrigações do Estado, tem-se a Ação Civil Pública que visa a defesa de qualquer interesse difuso (direito à alimentação) ou coletivo, assim é que pode ser interposta quando a desculpa em desatender às metas previstas pelo programa de segurança alimentar proposto pelo Conselho, seja a ausência de recursos, com intuito de impor ao Chefe do Executivo que, em seu projeto de lei orçamentária, inclua valores para atender à demanda.

54. Caso não seja aprovado pela Casa Legislativa respectiva, ficará o administrador exonerado de qualquer responsabilidade. Da mesma sorte, existindo a aprovação e, conseqüentemente o recurso e não sendo cumpridas as metas, mas devolvido o dinheiro (a exemplo do que vem fazendo do Governo Federal em várias áreas como cultura e criança e adolescente, no intuito de que a sobra do orçamento quitem juros da dívida com o FMI), nenhuma solução pode ser dada salvo a referida inserção (sem resultado judicial concreto) no dispositivo da “Lei do colarinho branco”²¹.

55. Os instrumentos leais disponíveis, no entanto, não são efetivos em termos de criação de obrigações que de fato “amarrem” o Estado e os Administradores Públicos à realização dos Direitos

²¹ Lei n.º 8.429/92.

Humanos. Ainda dependem os brasileiros do compromisso dos políticos e administradores, sem o que haverá muito pouco progresso. A criação de uma instituição administrativa – como o PROCON – aparentemente é uma proposta viável, desde que assegure que seu diretor seja eleito pela sociedade ou nomeado pelos respectivos concelhos – paritários – de segurança alimentar e nutricional. Neste contexto fica clara a importância da continuidade da mobilização e da vigilância da sociedade, com apoio da comunidade internacional.

56. Na pesquisa de campo realizada em Alagoas pela Ágora, para avaliar a implementação do Programa Nacional de Merenda Escolar, no contexto da realização do Direito Humano à alimentação, foram identificadas sérias brechas na transparência e na moralidade da gerência do dinheiro público, entre outros problemas. Ao mesmo tempo, o projeto demonstrou a absoluta ignorância, na parte dos detentores dos direitos quanto a como reclamá-los. Uma cartilha educacional foi elaborada e um curso de capacitação foi planejado para todos os atores envolvidos no gerenciamento local do programa, bem como para os membros dos concelhos de merenda escolar, incluindo estudantes, seus pais e tutores.

57. A elaboração de um Código Brasileiro de Segurança Alimentar e Nutricional, compilando todas as legislações relevantes ao tema (incluindo normas administrativas) e abordando os diferentes aspectos da implementação do Direito Humano à Alimentação, nos diferentes níveis de operacionalização (respeitar, proteger e realizar) parece importante.

58. Os objetivos de capacitação, monitoramento, relatórios ao Poder Legislativo, participação da sociedade civil em cooperação com a comunidade internacional são recomendações perfeitamente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Outra possibilidade de atividade poderia ser a criação de “facilitadores públicos” (sociedade civil/governo) para gerenciar a solução de conflitos relacionados ao Direito à Alimentação Adequada.

59. Os limites da interferência internacional, entretanto, são explícitos na Magna Carta em proteção à soberania estatal. A independência nacional e a universalidade dos direitos humanos, ressalte-se, estão estabelecidos no mesmo artigo da constituição²².

²² Art. 4º, I e II, CF/88.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AÇÃO E PROCESSO DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Prof. Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas (CJUR) da UFAL, Professor da Escola Superior de Magistrados de Alagoas (ESMAL) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Alagoas (FESMPA). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (FDL).

SUMÁRIO.

1. Introdução. 2. A jurisdição constitucional. 3. Sistemas de controle de constitucionalidade das leis. 3.1. Espécies 3.1.1. Controle político. 3.1.2. Controle Jurisdicional. 3.2. O sistema de controle no Brasil. a) Breve resumo da evolução b) As ações constitucionais e respectivos processos 4. A ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental: 4.1. Introdução. 4.2. Conceito 4.3. Natureza 4.4. Processo 5. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

Cresce, hoje em dia, a preocupação com a constituição. Javier Pérez Royo ressaltou, em obra de grande aceitação, que o estudo da constituição não despertava nenhum interesse na Antigüidade, dado que, naquela época, entendia-se que havia uma desigualdade natural entre as pessoas e absolutamente não se precisava de justificar o poder. A escravidão, segundo Aristóteles, se justificava pela própria natureza dos seres, em que uns nasciam para obedecer e outros para mandar. Esse princípio da desigualdade natural perdurou até os momentos finais da monarquia absoluta. O poder não precisava ser constituído porque já estava constituído. O Estado Constitucional surge exatamente quando se reconhece que, pelo contrário, havia uma igualdade natural e, por isso, tinha-se necessidade de constituir o poder político.¹

¹ Cf. "Curso de Derecho Constitucional", Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 1998, p. 39/43. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, na dissertação que apresentaria para obtenção do grau de Mestre pela UnB, assinala que "As Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno. A concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um

No mundo contemporâneo, portanto, ganha importância o estudo da constituição, tendo em vista que é na época atual que se torna mais aguda a preocupação com os conflitos Estado × indivíduo, onde aquele, em busca da realização de metas pré-estabelecidas, procede incursões nas esferas jurídicas deste, muita vez com violação dos limites estabelecidos para a sua atuação, que foram estabelecidos no pacto político inscrito na constituição.²

O eterno conflito indivíduo × Estado que, na verdade, pode ser traduzido como o conflito entre direito e poder, pareceu ter-se resolvido desde a criação do estado de direito, pelos alemães. Nesse sentido, eminente jurista tedesco assinalou que a preocupação que desaguaria na instituição do estado de direito surgiu a partir do momento em que se percebeu que “... se o poder que era suficientemente forte para proteger o cidadão e para garantir o direito, também era suficientemente forte para oprimir o cidadão e dispor arbitrariamente do direito”.³

A Constituição é encarada como um corpo de normas que revela o pacto político que estabeleceu as precisas lindes da atuação estatal em frente ao indivíduo, daí porque a teoria do Estado de Direito somente surgiria com a introdução do Estado Liberal. Em razão desse enfoque, surgiria uma nova forma de jurisdição, caracterizada pela defesa da constituição e não, como acontece com a jurisdição dita ordinária – em oposição a esta nova denominação – a defesa de interesses ou, como explicou José Afonso da Silva, uma jurisdição que tem por objeto a defesa da constituição.

Mauro Cappelletti acentuou que o constitucionalismo moderno se apresenta como o que denominou terceira via ou terceira escola entre as duas correntes de pensamento que dominaram o

sistema preconcebido é uma inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a Independência americana. Cf. “Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos”, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p. 3.

² Por essa boa razão, o Curso de Especialização em Direito que se realiza no CJUR é centrado em estudos sobre a constituição e o autor, que é um dos professores, organizou este artigo a partir das lições ministradas na disciplina Constituição e Processo.

³ Cf. Reinhold Zippelius, in “Teoria Geral do Estado”, tradução de Karin Parefke-Aires Coutinho e coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 384.

mundo jurídico: o jusnaturalismo, que pregava a subordinação da lei a valores eternos e imutáveis e o positivismo que sustentava o “justo porque legal”. Nessa terceira dimensão, havia, acima da lei entendida como pura expressão de uma vontade soberana, centralizada na vontade do Estado, *jus quia jussum*, um valor também historicamente condicionado e, por isso, relativo, mas menos relativo que a lei ordinária, que era subtraído aos voláteis comportamentos de passageiras maiorias governamentais ou parlamentares e aquele valor tinha o seu juiz, *Hüter der Verfassung*, que lhe garantia a efetividade.

As constituições modernas, consideradas normas prevalentemente “de valor” se revelam como o primeiro momento da tentativa de superar o impasse entre o jusnaturalismo e o direito positivo. Para esse autor: “Nas suas mesmo necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas fórmulas, está a primeira poderosa tentativa de lapidar a pedra informe dos valores, individuais e sociais, e de dar-lhes uma primeira forma: a primeira tentativa, em suma, de uma *positivação* de algo, que está fora e acima da lei normal, e de quem a elabora. O segundo momento se apresenta como o de atribuir um caráter rígido a essas constituições, para que se imponham exatamente como força de *normas prevalentes*. E o terceiro momento, que o autor considera como a grande novidade, reside na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva, dinâmica e permanente *concretização*, através da obra de um intérprete qualificado, o juiz ou, como também ressaltou, nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional.”⁴

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional diz respeito à tutela que se presta não ao direito subjetivo, mas à própria constituição, por considerá-la como plexo de valores que consagra o pacto político.

Os estudiosos estrangeiros têm distinguido a jurisdição constitucional da outra, que se pode denominar de comum ou ordinária. Em Portugal, por exemplo, Jorge Miranda, ao escrever sobre o Tribunal Constitucional, assinalou que ele exercia “... uma

⁴ Cf. “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1984, p. 12-13.

jurisdição diferente, tanto da dos tribunais judiciais como das dos tribunais administrativos, por tratar-se de um tribunal com competência especializada no campo do Direito Constitucional”.⁵ Na Espanha, José Ángel Marin, acompanhou Pedro de Veja, a que cita, para assinalar que a jurisdição constitucional emerge historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, pois esta não é apenas um mero nome, mas a expressão jurídica de um sistema de valores a que se pretende dar um conteúdo histórico e político. A Constituição, nessa visão, é lei suprema.⁶

Em nosso país e nesse sentido, José Afonso da Silva assinalou que a constituição deve ser entendida como a expressão jurídica de um sistema de valores emergentes da comunidade social que se consagra num texto político, de tal modo que se a constituição não for essa expressão, não terá legitimidade.⁷

A jurisdição constitucional resulta de longa evolução histórica e se apresenta em quatro setores básicos:

⁵ Cf. “Manual de Direito Constitucional”, tomo II, Constituição e Inconstitucionalidade, 3. ed. (reimpressão), Coimbra Ed., 1996, p. 383.

⁶ Cf. “Naturaleza Jurídica Del Tribunal Constitucional”, Barcelona, Ed. Ariel S/A, 1998, p. 12-13.

⁷ Cf. “Jurisdição Constitucional da Liberdade: Ação Popular, Ação Civil Pública; Mandado de Segurança”, aula proferida no Curso de Especialização em Direito Processual Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal – CJF – em convênio com a Universidade Federal de Brasília – UnB, no dia 26.02.1997. O autor menciona Cappelletti, para quem a jurisdição constitucional se apresentava uma, mas se destacava os seguintes aspectos funcionais ligados à função de tutela e atuação judiciária dos preceitos da suprema lei constitucional e transcreve Hector Fix Zamudio: “a denominação de jurisdição constitucional deve reservar-se, em sentido próprio, aos instrumentos de garantia ou de justiça constitucional que se conferem a organismos judiciais estritamente considerados, e com maior rigor ainda, quando os mesmos possuem caráter especializados, isto é, quando são tribunais constitucionais”. Cf. ob. cit., p. 2. Esse posicionamento recepciona o conceito desenvolvido por Ferdinand de Lassale de que há, em cada sociedade, o que denominou de fatores reais do poder que informam todas as constituições, “determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são, sem o que a constituição não passaria de uma folha de papel. Cf. “O Que é uma Constituição”, tradução de Walter Stönnner, Porto Alegre. Ed. Vila Martha Ltda., 1980, p. 19 e 35.

1º - jurisdição de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público;

2º - jurisdição constitucional da liberdade, que diz respeito a atuação judiciária decorrente da provocação de um dos remédios ou ações constitucionais;

3º - jurisdição constitucional orgânica, destinada a solucionar conflitos que se instauram entre os diversos órgãos do poder em respeito ao alcance de suas competências e atribuições consubstanciadas em normas constitucionais;

4º - jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional, destinada a solucionar conflitos derivados da aplicação das disposições internacionais e comunitárias incorporadas ao ordenamento jurídico interno, quando afetadas por atos de autoridades ou disposições legislativas contrárias a essas normas de fontes externas.⁸

O tema que se escolheu e que batiza esse despretensioso trabalho radica no primeiro setor da jurisdição constitucional: o do controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público. O objeto do nosso estudo é, pois, a nova ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental que se insere, desenganadamente, no estudo do controle de constitucionalidade das leis e, tal como observado em nossa obra anterior, destinada aos alunos no curso de processo do Centro de Ciências Jurídicas – CJUR – da Faculdade de Direito de Alagoas, implica o estudo dos outros institutos que formam a denominada trilogia estrutural do processo: a ação e o processo constitucional.⁹

3. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

3.1 ESPÉCIES

Já se assinalou que o primeiro sistema de controle da constitucionalidade das leis foi criado na América, afirmando-se que os Estados Unidos “... vivem quase desde a sua independência sob o princípio da constitucionalidade”.¹⁰

⁸ Idem, *ibidem*, p. 3.

⁹ Refiro-me ao nosso humilde “Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo”, São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 30 e s.

¹⁰ Cf. Jorge Miranda, na obra que estreou nas letras jurídicas: “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, reimpressão. Coimbra Ed., 1996, p. 53.

Certamente por isso os estudiosos têm situado nas formulações doutrinárias dos americanos a origem da teoria dos controles constitucionais, do ponto de vista jurisdicional. O célebre precedente judicial, formulado pelo presidente da Suprema Corte Americana Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, é justamente considerado como a fonte da doutrina do *judicial review of legislation* que se expandiu por muitos países como sistema do controle difuso da constitucionalidade das leis.¹¹

Ao lado dele, porém, e de modo oposto a esse modelo, outro sistema foi criado, em França, onde, por razões históricas e ideológicas, se privilegiou o controle político, onde se excluía a atuação judiciária dessa atividade. A primeira grande distinção que se faz a respeito das espécies de sistema de controle é, pois, entre o político e o judiciário ou jurisdicional. Nesse sentido, Canotilho resumiu os critérios de controle dos atos normativos aos seguintes: 1. controle político; 2. controle jurisdicional, que, por sua vez, se divide em: a) sistema difuso ou americano e b) sistema concentrado ou austríaco.¹² Jorge Miranda, por sua vez, voltou ao tema e dedicou todo o volume II do seu Manual de Direito Constitucional ao estudo da constituição e da inconstitucionalidade, procedendo nova classificação dos modelos de fiscalização da constitucionalidade, em que considera:

o modelo de fiscalização política, o modelo de fiscalização judicial (*judicial review*) e o modelo de fiscalização jurisdicional concentrada, reconhecendo, ademais, os modelos atípicos, como o em que existe um *Defensor da Constituição*, e mistos, como é o caso do Brasil. Essa classificação melhor se ajusta à realidade nacional. Importante gizar que se pode proceder distinção entre o controle abstrato puro, que se realiza com o objetivo de apreciar-se apenas e tão somente se a lei ou o ato normativo se ajusta à Constituição e o controle abstrato e concentrado, em que se efetua o mesmo controle, mas se o aplica a um caso concreto, através da prejudicial de constitucionalidade.¹³

Para os propósitos deste trabalho, porém, se resumirão os tipos de controle existentes, a partir da dicotomia principal entre o

¹¹ Cf. José Alfredo de Oliveira Baracho, "Processo Constitucional", Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 146 e p. 153.

¹² Cf. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 2. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 790-792.

¹³ Cf. "Manual de Direito Constitucional", Tomo II, 1996, p.376 e s.

político e o jurisdicional, apreciando-se, neste último: a) controle difuso ou incidental; b) controle concentrado: I – por via de ação direta; II – por apreciação da questão prejudicial de inconstitucionalidade. Em seguida, resumir-se-á, também, c) o sistema de controle existente em nosso país, em que se fará alusão à evolução ocorrida desde a primeira constituição, com menção ao controle difuso, ou por via de exceção e ao abstrato, ou por via de ação, distinguindo-se, neste último, as ações constitucionais destinadas a esse controle pela via direta para apreciar-se a recente lei que instituiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para nós correspondente a um verdadeiro controle concentrado por via da questão prejudicial.

3.1.1 CONTROLE POLÍTICO

Como já se disse, a primeira distinção que se faz em ambas classificações e na maioria das existentes a respeito assenta na distinta natureza do órgão estatal que exercita o controle. Por ela, distingue-se o controle político do judicial, jurisdicional, também conhecido como *judicial review* ou *control jurisdiccional*. Sem embargo de que esse tipo de controle exista em alguns países, é na França que se encontram os mais típicos e os mais numerosos exemplos de um controle político.

Cappelletti observa que o controle político da constitucionalidade das leis se impôs em França por razões históricas e ideológicas. Segundo esse autor, a Constituição francesa prevê um *Conseil Constitutionnel*, organizado por uma lei (*ordonnance*) de 7.11.1958, posteriormente modificada e que é composto dos ex-Presidentes da República e de mais nove membros: três nomeados pelo Presidente da República; três, pelo Presidente da Assembléia Nacional; e três, pelo Presidente do Senado. Observe-se que não há nomeação de ninguém pelo Judiciário. Quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está definitivamente elaborado, sem ter sido ainda promulgado, faculta-se que o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma das Câmaras possa remeter o próprio texto legislativo ou o tratado a esse *Conseil Constitutionnel*, para que se pronuncie sobre sua constitucionalidade. Esse pronunciamento deve ser feito dentro de um mês ou, em certos casos, dentro de oito dias e, durante esse prazo, a promulgação fica suspensa.¹⁴

¹⁴ Ainda que se registrem respeitáveis opiniões a favor da instituição desse controle, como o próprio Cappelletti registrou, referindo-se a Gottfried DIETZE e Jeanne LEMASURIER, certo é que a opinião doutrinária

Como se vê a consulta ao *Conseil Constitutionnel* é facultativa. Torna-se obrigatória, contudo, quando se editam leis orgânicas (*lois organiques*), ou sejam as leis que digam respeito à organização dos órgãos públicos.

O procedimento se apresenta com as decisões tomadas por maioria de votos, e se desenvolve em segredo, sem audiências orais e sem contraditório, onde não existem verdadeiras partes (como, aliás, é próprio do processo do controle concentrado da constitucionalidade das leis, segundo se verá adiante) admitindo-se, porém, a apresentação de memoriais escritos por partes dos interessados. Essa necessidade de submeter-se essas leis ao controle prévio de constitucionalidade reforça o caráter político do controle e não jurisdicional, o que se complementa com de ele ser exercido por um órgão cuja composição revela um especial *status* dos seus membros – ex-Presidentes da República – e outros da livre nomeação de chefes de Poderes Políticos.

Trata-se de um controle preventivo, não judicial, que se exercita antes da entrada em vigor da lei. Nada obstante não se tenha, no Brasil, um controle político semelhante, desenvolve-se um controle político pelo Congresso Nacional de dois modos distintos: um preventivo e outro suspensivo. O primeiro integra o processo administrativo, quando as Comissões de Constituição e Justiça de cada uma das Casas Legislativas – criadas na forma do art. 58 da CF/88 – onde este se inicia apreciam previamente a constitucionalidade do projeto de lei ou da medida provisória submetida a sua apreciação.

prevalente é da admissibilidade apenas do controle político, por razões que vêm da Revolução Francesa, quando se firmou o mito da separação dos poderes. Cf. “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, ob. cit., p. 27 e s. Canotilho assinala que a inexistência de um controle jurisdicional e a ênfase no controle político em França não decorre apenas das concepções rousseauiano-jacobinas, sendo típicas da doutrina da soberania do Parlamento inglês, em razão do que esse autor destaca a posição que considerou paradigmática de Blackstone: *The power of Parliament is absolute and without control*. Cf. ob. cit., p. 790. Jorge Miranda distingue – nesse controle – a fiscalização (o autor prefere essa denominação) que se exercita pelo próprio Parlamento, enquanto órgão legislativo, e o que se realiza por um órgão político especialmente constituído para esse fim, seja ligado ao Parlamento ou dele independente. Cf. “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II, ob. cit., p. 381.

O segundo, porém, tem por escopo sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, se for o caso, na forma do art. 49, V da CF/88.¹⁵

3.1.2 CONTROLE JURISDICIONAL

Controle difuso ou incidental

Como assinalou Jorge Miranda, com propriedade, esse controle – que denominou de modelo judicialista – se baseia no poder normal que o juiz tem de recusar a aplicação de leis inconstitucionais às lides que tenha de dirimir.¹⁶ Para muitos, somente esse tipo de controle oferece ao magistrado a plena dignidade de órgãos de soberania, por atribuírem ao juiz o importante papel de cumprir, antes de tudo, a Constituição, definindo-se a questão da inconstitucionalidade como uma questão jurídica.

Não se pode desvincular, porém, o papel político exercido com esse controle porque o magistrado recusa a aplicação de uma lei, na apreciação do caso concreto, porque o fundamento de validade dessa norma é o próprio texto constitucional que, por sua vez, se apresenta como fundamento do poder político, substancial e formal, de todos e de cada um dos atos de seus órgãos.¹⁷

Evidente, porém, que esse sistema apresenta inconvenientes, sendo o mais grave o de permitir decisões contraditórias.¹⁸

¹⁵ Cf. José Carlos Buzanello, “Controle de Constitucionalidade: a Constituição Como Estatuto do Político”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 136, p. 31-32.

¹⁶ Cf. “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II, ob cit., p. 382.

¹⁷ Nesse sentido, o mesmo Jorge Miranda, na mesma obra citada na nota anterior, às p. 362. Como se reconhece, resulta do clássico pronunciamento do *Chief Justice* John Marshall, quando, em 1803, sob a égide do art. VI, cláusula 2ª da Constituição Federal de 1787, proclamou, no caso *Marbury X Madison*: *principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*. Cf. Mauro Cappelletti, “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, ob. cit., p. 63.

¹⁸ Mauro Cappelletti refere-se a esses inconvenientes ao assinalar que a introdução do sistema difuso em países sem essa tradição “... levaria à consequência de uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juizes, enquanto

Controle concentrado

1. Por via de ação direta

Dentro do campo de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, mas em oposição ao sistema do controle difuso, criou-se, originariamente na Austria, mais precisamente na *Bundesverfassung*, ou constituição austríaca de 1º.10.1920, por inspiração de Hans Kelsen, o sistema dito concentrado. Criou-se uma Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – com a competência exclusiva para apreciar e decidir as questões de constitucionalidade. Esse controle que, portanto, restou concentrado nessa Corte, somente era exercido, no seu início, através do exercício de uma ação especial, em que se formulava um pedido específico (*Antrag*). Tinha-se, pois, que nessa primeira formulação, o controle era concentrado e ser exercia apenas por via de uma ação direta.¹⁹

Nessa concepção, conferiu-se uma legitimação estreita de provocação do exame da constitucionalidade. Considerava-se que apenas e tão somente os órgãos políticos – e, pois, não judiciários – indicados no próprio texto constitucional, poderiam provocar esse controle.

Esses órgão eram, nomeadamente, o Governo Federal (*Bundesregierungen*), em respeito ao controle exercido sobre as leis dos *Länder* (*Landesgesetze*) e pelos Governos dos *Länder* (*Landesregierungen*) sobre as leis federais, afirmando-se, mesmo que, “Nenhum limite de tempo era fixado para o exercício, por parte destes órgãos políticos, do direito de ação, para o qual eles eram únicos legitimados” e de que.

Nessa concepção original, “... não só os juizes – exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof*, quer dizer exclusiva-

poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julga em contraste com a Constituição, por outros”, insistindo que esse comportamento forma verdadeiros “contrastes de tendências”, concluindo com a observação de que “A consequência extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre os órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado”. Cf. “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito comparado”, ob. cit., p. 77-78.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 104.

mente para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais ...”²⁰

2. Por apreciação da questão prejudicial de inconstitucionalidade

O sistema originariamente concebido na Áustria, porém, cedo revelou-se totalmente insuficiente. Fora concebido com extrema limitação da legitimação para provocá-lo: somente os Governos dos *Länder* e o Governo Federal.

Além disso, deixava de fora exatamente as leis lesivas aos direitos individuais da liberdade que, a rigor não se ajustavam a nenhum desses casos. A situação se agrava ainda mais em razão do princípio que tornava obrigatório a aplicação da lei.

Por isso, cedo se procedeu modificações nesse sistema, com a reforma constitucional de 1929, quando se estendeu a legitimação para provocação do controle de constitucionalidade a dois órgãos judiciários superiores: ao *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa). A partir daí, embora esses órgãos continuassem a não exercer – eles próprios – o controle de constitucionalidade das leis, estavam legitimados a requerer à Corte Constitucional que o fizesse. Outros países que adotaram esse sistema – notadamente a Alemanha e a Itália – o aperfeiçoaram.

Em ambos os países, manteve-se a proibição de os juízes comuns (civis, penais ou administrativos) exercitarem um controle de constitucionalidade das leis, considerados incompetentes para isso. Mas reconheceu-se a todos esses juízes o poder-dever de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória. Todos os juízes – e não apenas os juízes superiores – estão legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional em respeito às leis que possam incidir no caso concreto sob seu julgamento, para suspendê-lo, até que a Corte Constitucional se pronuncie a respeito.²¹

A doutrina alemã se limita a delinear as características dessa provocação a parte do caso concreto sob um perfil substancial-constitucional, em que lança luzes sobre a função do instituto, que se

²⁰ Idem, ibidem, p. 105.

²¹ Idem, ibidem, p. 108-109.

apresenta como um controle abstrato provocado pelo juiz e, portanto, com natureza idêntica ao controle abstrato procedido pela via direta. A doutrina italiana, ao contrário, sob o impulso de Calamandrei, busca enquadrar o instituto sob um perfil dogmático-processual, para considerá-lo como prejudicialidade civil, penal e administrativa. Ainda que haja críticas a essa formulação, por entender-se que a questão a respeito da potencial inconstitucionalidade da lei que incide no caso concreto não configura uma prejudicialidade jurídica, senão uma prejudicialidade lógica, tem sido geralmente aceito que se trata de uma questão prejudicial.²²

²² A esse respeito, cf. Mauro Cappelletti, in *La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*, Dott. A. Giuffrè Ed. Milano, 1972, que enfrenta a crítica de Andrioli, com base em Menestrina, de que somente há prejudicialidade jurídica se a questão puder formar, também, o objeto de um processo independente, dado que, no controle abstrato de constitucionalidade – como se verá a seguir – não há, a rigor, um processo verdadeiro, senão um processo objetivo, sem partes, por entender que há uma prejudicialidade jurídica porque a questão que põe como *principaleter*, seja no processo ordinário seja no processo constitucional é *quella del rapporto fra la lex specialis, e la norma costituzionale che si pretende violata*. Cf. p. 3-17. Examinando a matéria, Jorge Miranda esclarece que, do ponto de vista do objeto do processo de fiscalização, ela se apresenta como incidental quando opera de modo incidental, porque inserida em processo que converge para outro resultado que não a garantia da Constituição e, nele, a inconstitucionalidade é questão prejudicial, assim entendida como a questão de direito substantivo de que depende a decisão final a ser tomada no processo. O autor distingue questão prejudicial de incidente de inconstitucionalidade, para concluir “Diz-se principal a fiscalização em que a garantia é o fim principal ou único e a inconstitucionalidade, elevada a questão principal, o objecto do processo”. Cf. “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II, 1996, p. 358. Em face da distinção procedida por J. C. Barbosa Moreira ter questão prejudicial, causa prejudicial e ponto prejudicial, sob o aspecto jurídico, em que a primeira – a questão prejudicial - ocorre quando há uma questão que insere no elo do raciocínio lógico do juiz, em que este não possa decidir a questão principal sem apreciá-la e se apresenta como aptidão para constituir objeto de uma causa prejudicial; a segunda – a causa prejudicial – existe quando o antecedente lógico que necessariamente se insere na cadeia silogística do raciocínio do juiz vem de fora, porque resulta de pronunciamento emitido *principaleter* em processo distinto; por fim, o ponto prejudicial, quando o juiz insere em seu raciocínio

3.2 O SISTEMA DE CONTROLE NO BRASIL

a) Breve resumo da evolução

Tão logo o país adotou a forma republicana de governo, em que a primeira constituição se inspirou na americana, admitiu-se o sistema difuso do controle de constitucionalidade desde a CF/1891 que, posteriormente, inspiraria a Constituição de Portugal de 1911, inaugurando-se naquele país o sistema de controle jurisdicional pois que durante todo o período de 1822 a 1911, em que existiram três constituições monárquicas, somente se admitia o controle político.²³

Para José Afonso da Silva, o país foi-se afastando do puro critério difuso por adotar aspectos do método concentrado, sem no entanto aproximar-se do europeu.²⁴ Importante observar, porém, que o Brasil tem incorporado elementos do controle abstrato, não necessariamente do controle concentrado, muito embora se observe uma natural evolução do sistema em direção ao sistema europeu, tanto que – como se procurará demonstrar em seguida – a novel ação de descumprimento de preceito fundamental e argüição revela essa tendência de aproximação e da introdução de práticas do sistema concentrado.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos ressaltou que, no direito positivo da nova ordem jurídica, o controle da constitucionalidade das leis pode ser feito de duas maneiras: por via de ação ou método concentrado e por via de exceção ou de defesa, próprio do método

lógico um elo sobre o qual não há controvérsia, ou se houve já foi resolvida, de tal modo que não lhe comete reexaminar o assunto senão aceita-lo como fato consumado, (Cf. "Questões Prejudiciais e Coisa Julgada", tese de concurso para a livre docência de Direito Judiciário Civil apresentada perante a Faculdade de Direito da UFRJ, em 1967, ed. esgotada, p. 48-49), força reconhecer que a questão sobre a inconstitucionalidade, que se insere necessariamente no raciocínio lógico do juiz, com aptidão para transformar-se em uma causa autônoma – possível ação de inconstitucionalidade – tem a natureza de questão prejudicial. Sobre a distinção entre essas três noções, cf. o nosso "Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo", São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 187-188.

²³ Cf. Jorge Miranda, "Manual de Direito Constitucional", vol. II, ob. cit., p. 391.

²⁴ Cf. "Curso de Direito Constitucional Positivo", 13. ed. rev. e atualizada com a reforma constitucional, São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p. 54.

difuso, com o acréscimo de que o direito brasileiro acolheu as duas formas.²⁵

O país apresenta uma evolução muito rica em sua história a respeito ao controle de constitucionalidade das leis. Na primeira constituição – a do Império de 1824 – não havia menção a qualquer sistema assemelhado aos modelos modernos de controle de constitucionalidade.²⁶ O controle de constitucionalidade das leis seguia o modelo político, de inspiração francesa e, além disso, esse texto constitucional criou uma terceira categoria de constituição, a meio caminho entre a rígida e a flexível, ao considerar que o texto abrigava disposições a respeito da constituição material e da constituição formal.

Passou-se a admitir que em relação às primeiras – isto é àquelas normas que diziam respeito à regulação da própria substância ou cerne do Estado, ou seja da constituição material – somente seria modificáveis por um processo especialíssimo, enquanto para as demais – aquelas consideradas apenas formalmente constitucionais – dispensava-se qualquer exigência específica, bastando o atendimento exigido para revogação das leis ordinárias.²⁷

Com o advento da república, porém – como já se disse – adotou-se o sistema de controle difuso da constitucionalidade das leis, já a partir da chamada Constituição provisória de 1890, na forma dos arts. 38, § 1º, *a e b*, o que se complementou com a Lei nº 221, de 20.11.1894, que atribuiu, expressamente, poderes aos juízes e tribunais para apreciar a validade das leis e regulamentos, deixando de aplicar aos casos sob julgamento as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição, com o que consagrou não só o controle da constitucionalidade das leis como o controle da legalidade dos demais atos da Administração pelo Judiciário.²⁸

²⁵ Cf. Celso Ribeiro Bastos, “Curso de Direito Constitucional”, 20. ed. atualizada, São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p. 407.

²⁶ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos”, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p. 169.

²⁷ Cf. Celso Ribeiro de Bastos, “Curso de Direito Constitucional”, *ob. cit.*, p. 101.

²⁸ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos”, *ob. cit.*, p. 170-171. Bem por isso e por entender que o art. 13, § 10º da Lei nº 221/1894 ainda se encontra em vigor, transcrevemos esse texto legal no nosso modesto “Execução contra a Fazenda Pública – Regime do Precatório”, Brasília Jurídica, 1999.

Esse sistema foi aperfeiçoado na Constituição de 1934, quando se estabeleceu que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser proclamada pela maioria da totalidade dos membros do tribunais e introduziu o germe das ações diretas de constitucionalidade, ao estabelecer a representação interventiva confiada unicamente ao Procurador da República, para garantir o respeito aos princípios republicanos estabelecidos no art. 7º, I, *a a h*.²⁹

O sistema sofreu amesquinamento, porém, durante a Carta Ditatorial de 1937, em que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF era submetida ao Congresso Nacional e se este rejeitasse esse julgamento se procedia a alteração do texto constitucional, como se fosse uma emenda à Constituição.³⁰

A partir de 1946, porém, além de o país voltar a um regime democrático aprofundou-se a inovação introduzida pelo texto constitucional de 1934, ao se atribuir ao Procurador da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade por descumprimento dos seguintes princípios: forma republicana representativa, independência e harmonia entre os poderes; temporariedade das funções eletivas; limitada a duração destas à das funções federais correspondentes, proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia municipal; e garantias do Poder Judiciário.³¹

No entanto, a partir de 1965, porém, mais exatamente com a Emenda nº 16, de 26.11.1965, que se introduziu à Constituição de 1946 o país passou a adotar o modelo de controle austríaco-kelseniano, de ação direta, também denominado de controle concentrado, ao se alargar a competência originária do STF para apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A legitimação para propositura dessa representação cabia unicamente ao Procurador-Geral da República. Observa-se, porém e

²⁹ Gilmar Ferreira Mendes assim o considera, tanto que reproduz a afirmação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello de que se tratava de uma verdadeira “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”. Cf. “Controle de Constitucionalidade”, *ob. cit.*, p. 176.

³⁰ Cf. Celso Ribeiro Bastos, *ob. cit.*, p. 120.

³¹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de Constitucionalidade”, *ob. cit.*, p. 182.

curiosamente, que essa representação genérica foi sendo introduzida exatamente pelo regime militar, sabido que esse mecanismo, de modo contrário à dinâmica de qualquer ditadura, permite o desenvolvimento de mecanismo para proteção e garantia dos direitos fundamentais.³²

No Brasil, portanto, houve uma nítida e segura evolução do sistema de controle pela via incidental, através de exceção, para o controle por via de ação. Como observou Paulo Bonavides, essa EC nº 16/65 definiu o perfil dessa ação, ao estabelecer que, a partir dela, toda lei criada em nosso ordenamento jurídico poderia ser objeto de controle de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, com objetivo exclusivo de apreciar e decidir sobre essa controvérsia. Posteriormente, esse mecanismo foi mantido e aperfeiçoado nas Constituições de 1967 e 1969.³³

A introdução dessa nova via – o controle de constitucionalidade pela via da ação – inicialmente com a definição de um único legitimado para propô-la, no caso o Procurador-Geral da República, provocou acesa controvérsia a respeito de o único: estaria ele obrigado ou não a acatar a representação que lhe era dirigida e, por via disso, propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Essa questão passou a ser apreciada pelo STF quando o Movimento Democrático Brasileiro - MDB – partido político então existente no país – encaminhou ao Procurador-Geral da República uma representação em que argüía a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 1.077, de 10.03.1970, que instituía a censura prévia na divulgação de livros e periódicos e este mandou arquivá-la, sem haver proposto a ação respectiva.

Dessa decisão, o MDB encaminhou Reclamação ao STF, tendo esta Corte, em decisão que, segundo o mesmo Paulo Bonavides, havia interpretado com muita rigidez o dispositivo constitucional, ao entender que a titularidade da representação pela inconstitucionalidade da lei e, pois, para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, era, nos termos do texto constitucional de então, exclusiva do Procurador-Geral da República. Houve o voto discordante do Min. Adauto

³² Cf. Zeno Veloso, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, São Paulo, Ed. CEJUP, 1999, p. 34-35, em que faz remissão a Clèmerson Merlin Clève, in “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, RT, São Paulo, 1995, p. 70.

³³ Cf. “Curso de Direito Constitucional”, 7. ed., 2ª tiragem, São Paulo, Ed. Malheiros, 1998, p. 298.

Cardoso que, embora vencido, bem refletiu o posicionamento que ainda restaria sem resposta: se o Procurador-Geral da República tivesse o poder de – ele próprio – indeferir o encaminhamento da representação que lhe houvesse sido feita, sem encaminhá-la ao julgamento do STF, teria se convertido em juiz da representação e, em consequência, estaria usurpando a competência dessa Corte.³⁴

A constituição atual – CF/88 – alargaria o elenco de legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, para não mais limitá-la ao Procurador-Geral da República, ampliando-a, nos termos do art. 103. Atribuiu-se-a: ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, ao Governador de Estado, ao Procurador-Geral da República (que, portanto, se manteve), ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional, e, finalmente, à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Introduziu-se, também, por influência da art. 283 Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, o controle de constitucionalidade por omissão.³⁵

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, se aperfeiçoaria ainda mais o sistema de controle de constitucionalidade das leis, neste país, que volta a se complementar recentemente com a criação da Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que criou a ação e o processo respectivo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, para viabilizar a aplicação do § 1º do art. 102 do texto constitucional em vigor.

Evidentemente, isso reforça o entendimento de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas – ou controle por via da ação – de modo a, sem eliminar o controle pela via incidental, segundo reconheceu Gilmar Ferreira Mendes, como peculiar instrumento de correção do sistema geral.³⁶

³⁴ Cf. Paulo Bonavides, “Curso de Direito constitucional”, ob. cit., p. 299.

³⁵ José Afonso da Silva reconhece que o texto constitucional brasileiro abeberou-se da disciplina constitucional portuguesa, muito embora assinala que se perdeu uma boa oportunidade para ir-se além. Em seu entendimento, poder-se-ia complementar a evolução constitucional com a instituição de uma Corte Constitucional. Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 1997, p. 51-52.

³⁶ Cf. “Jurisdição Constitucional”, 1998, p. 78.

b) As ações constitucionais e respectivos processos

É possível resumir as ações constitucionais destinadas a provocarem o controle abstrato da constitucionalidade das normas, no Brasil, às seguintes: Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103 da CF/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º da CF/88), Ação Direta de Constitucionalidade (art. 103, § 4º da CF/88), Ação Direta Interventiva Federal (art. 36, I a IV da CF/88), Ação Direta Interventiva Estadual (art. 35, I a IV da CF/88).

Por derradeiro, A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º da CF/88 e Lei nº 9.882/99), que embora tenha natureza de uma ação direta para o STF, não se destina ao controle abstrato de normas, senão que ao controle *in concreto*, assemelhando-se, porém, à dinâmica do controle concentrado pela via da provocação da questão prejudicial.

Essas ações constitucionais e os respectivos processos possuem características próprias, que devem ser apreciadas, como indispensável preparação ao exame da recente lei - Lei nº 9.882/99 - que instituiu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ressalte-se, que ao criar-se esta ação, instituiu-se também um processo próprio e ambos se referem à jurisdição constitucional. Esse fato bem revela a interação desses três institutos fundamentais do fenômeno processual – jurisdição, ação e processo – que formam a trilogia estrutural do processo, como bem definiu Enrico Podetti.³⁷

Importante salientar, pois, que todas essas ações visam a provocar o exercício da jurisdição constitucional, como já mencionado no item 3, acima. Tais ações apresentam as seguintes características, como o referiu, em recente artigo, Teori Albino Zavaski:

1º - Não se destinam a provocar o exercício da função jurisdicional como atividade desenvolvida sobre um suporte fático com vistas à produção de norma individualizada, para tutela de direito subjetivo. Antes, se destinam à tutela da própria ordem constitucional;

³⁷ Cf. “Trilogia. Estructural de la Ciencia del Proceso Civil”, artigo publicado na “Revista de Derecho Procesal”, Companhia Argentina de Editores, S. R. L., Buenos Aires, 1944, Ano II, p. 115-170. Nesse sentido, cf. o nosso modesto “Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo”, São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 30.

2º - Em consequência, considera-se que se trata de uma ação sem partes, em que se desenvolve, como se examinará a seguir, um processo objetivo;

3º - Por se tratar de uma ação que provoca a jurisdição constitucional, em que existe um processo objetivo, não se admite pedido de desistência, nem de assistência ou de litisconsórcio, salvo o litisconsórcio ativo facultativo entre os próprios legitimados;

4º - Essas ações se revestem de natureza dúplice, isto é, pede-se que se declare a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei, mas se o STF julgar improcedente a ação, poderá declarar, respectivamente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, em sentido inverso ao que havia sido pedido;

5º - O STF na se vincula aos fundamentos deduzidos na ação, podendo, em homenagem ao princípio *iura novit cura*, decidir à base de outros, ainda que não indicados na ação.³⁸

Em consequência, pode-se afirmar, por sua vez, que esse processo apresenta as seguintes características:

1º - Apresenta-se como um processo objetivo (*objektives Verfahren*, dos alemães), ou seja um processo sem partes por não ter, como assinala Gilmar Ferreira Mendes, outro escopo que não a defesa da ordem fundamental.³⁹

2º - Não se destina pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas.⁴⁰

3º - Trata-se de um processo sem contraditores, na acepção que lhe dá o processo comum.⁴¹

³⁸ Cf. "Eficácia das Liminares nas Ações de Controle Concentrado", artigo inserto na revista AJURIS, ano XXVI, n. 76, dezembro de 76, p. 28-29. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, "Controle de Constitucionalidade - Aspectos jurídicos e políticos", ob. cit., p. 248/249.

³⁹ Cf. "Controle de Constitucionalidade", ob. cit., p. 250.

⁴⁰ Idem, ibidem. Nesse sentido, o voto do Min. Moreira Alves, do STF, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 - DF, inserto na obra "Ação Declaratória de Constitucionalidade", com vários autores, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Saraiva, 1994, p. 188.

⁴¹ Cf. Celso Ribeiro Bastos, "Curso de Direito Constitucional", 1999, p. 410.

4. A AÇÃO DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

4.1 INTRODUÇÃO

Essa nova ação, de matriz constitucional, surgiu para instrumentalizar o disposto no art. 102, § 1º da CF/88, que jamais havia sido utilizado por falta dessa disciplina.⁴²

Embora tenha sido imaginada como uma solução para o problema do que se convencionou denominar de “guerra de liminares”,⁴³tenho que se apresenta com um alcance bem maior. Trata-se de uma ação constitucional destinada a instrumentalizar o Poder Judiciário a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, quando isso resultar de ato do Poder Público.⁴⁴

A ação tem por objeto, exclusivamente, o descumprimento de preceito fundamental. A Lei nº 9.882/99 não menciona quais são eles, no que obrou bem, pois essa tarefa própria da doutrina. Para logo, tem-se que essa rubrica se refere aos grandes princípios e regras basilares da CF/88, como, entre outros, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direito, secreto, universal e

⁴² Cf., a propósito, Juliano Taveira Bernardes, Juiz Federal em Goiás, membro do IBDC e mestrando em direito pela UnB, in “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, divulgado pela Revista Jurídica Virtual, n. 8, janeiro/2000, p. 1. Nesse sentido, vários são os precedentes do STF em que se registraram que enquanto não houvesse lei a respeito aquela corte não poderia apreciar a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Cf., entre outros, AgRegPet 1140-7/TO. Ac. um. do Tribunal Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches, in DJ 1 de 31.05.96, p. 18.803

⁴³ Assim a imaginaram Celso Ribeiro de Bastos e Gilmar Ferreira Mendes, como registrou este último, in “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal), artigo divulgado pela Revista Jurídica Virtual, n. 7, dezembro/99, p. 1.

⁴⁴ O § 1º do art. 102 da CF/88 que essa ação será apreciada pelo STF, na forma da lei, ou seja, os requisitos para o seu cabimento são estabelecidos em lei. A Lei nº 9.882/99, por sua vez, estabelece, no parágrafo único do art. 1º, que ela será admitida *quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.*

periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias dos cidadãos.⁴⁵

4.2 CONCEITO

À falta de qualquer conceito elaborado pela doutrina, mas ancorado no que já se escreveu a respeito, pode-se concebê-la como ação de matriz constitucional consistente no mecanismo de controle de constitucionalidade, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica por permitir que os legitimados no art. 103 da CF/88 possam provocar nossa Corte Constitucional a suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante, apenas sobre a questão constitucional.⁴⁶

A análise dos elementos do conceito revela que não se trata de uma inovação criada nas inúmeras reformas constitucionais, com que muitas vezes – ou infelizmente na maioria delas – se pretende alcançar alguns objetivos momentâneos da política governamental – o que, por si só, revela o exageros e as desnecessidade dessa mudanças – mas de dispositivo previsto originariamente pelo constituinte e que, portanto, se apresenta como uma decisão política fundamental.

Tampouco se trata da antiga advocatória, pois esta permitia que o STF chamasse a si para julgamento qualquer matéria politicamente interessante, enquanto no presente caso, o controle da constitucionalidade pelo STF somente se procede sobre matéria específica: preceito fundamental e atuação da Suprema Corte se limita apenas à matéria constitucional. Na forma do § 1º do art. 2º da Lei nº 9.882/99, não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Além disso, o juiz da causa não é afastado da sua posição de julgador, como se dava naquela ação.

O STF se limita a julgar a respeito da questão prejudicial acerca do exato sentido e alcance do preceito fundamental, baixando-se os autos ao juiz para que prossiga no julgamento. Por isso, não se pode dizer que essa ação agride o princípio do juiz natural, pois não se afasta o juiz originário da causa.

⁴⁵ Como o refere, com correção, Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas, "A argüição de descumprimento de preceito fundamental e Advocatória", *ob. cit.*, p. 1.

⁴⁶ Cf. Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Falias de Souza Vargas, "A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatória", *ob. cit.*, p. 2.

4.3 NATUREZA

A ação de descumprimento de preceito fundamental se apresenta, pois, como uma ação constitucional destinada ao controle concentrado da constitucionalidade não só de atos normativos como a qualquer ato do Poder Público que ameace ou lese preceito fundamental.⁴⁷

Revela-se como um instituto bivalente porque, situado na esfera de competência do STF, tanto pode evidenciar caráter processual autônomo, verdadeira ação sumária, quando se opera uma argüição que tenha por fim evitar a lesão de preceito fundamental por ato do Poder Público, na forma do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99, quanto pode se mostrar como uma questão prejudicial, incidentemente numa causa em julgamento, cabível *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição*.⁴⁸

A decisão final terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, na forma do art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99.

Diversamente da decisão proferida no controle difuso, que tem eficácia predominantemente declaratória (embora, no sistema brasileiro, se sustente que apresenta efeitos *ex tunc* quanto ao caso concreto em que é proferida, mas efeitos *ex nunc* e, portanto,

⁴⁷ O art. 1º da Lei nº 9.882/99 soa: *A argüição prevista no art. 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*. No sentido do texto, Juliano Taveira Bernardes observa que principalmente em razão dos efeitos abstratos de sua decisão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental em muito se assemelha aos institutos processuais do controle concentrado de constitucionalidade. Cf. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, Revista Jurídica Virtual, ob. cit. p. 1. Ao contrário do autor, porém, sustenta-se, no texto, que essa ação se insere no controle concentrado de constitucionalidade das leis, que difere do controle abstrato, embora o pressuponha. Com o mesmo sentir, Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas, “A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a Advocatária”, ob. cit., p. 1.

⁴⁸ Cf. Juliano Taveira Bernardes, ob. cit., p. 1.

constitutivo, desconstitutivo ou constitutivo negativo, a partir da manifestação do Senado Federal que lhe suspende a executoriedade (Cf. art. 52, X da CF/88, *rectius* lhe suspende a eficácia),⁴⁹ a decisão judicial que se profere nessa ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental que, como visto, se insere no sistema de controle abstrato e concentrado da constitucionalidade dos atos do Poder Público, tem eficácia predominantemente constitutiva, ou *ex nunc*.⁵⁰

4.3 PROCESSO

Por constituir ação que se destina ao controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público e, pois, com maior extensão do que apenas o controle de constitucionalidade das leis, é, também, um processo objetivo, no sentido de processo sem partes, destinado, única e exclusivamente, à defesa da Constituição.⁵¹

O procedimento respectivo, por sua vez, está descrito na Lei nº 9.882/99, de onde se destaca o que se segue, no resumo que se procede:

1º - A legitimação ativa é unicamente dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou, na forma do art. 103 da CF/88; o Presidente da República, a mesa do Senado Federal a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, valendo, para identificar-se se ela ocorreu os precedentes já construídos pelo STF a respeito. Faculta-se, porém, a qualquer interessado representar ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do

⁴⁹ Como faz José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", 6. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 52; 13. ed. revista, São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p. 57.

⁵⁰ Pois são estes os efeitos, como o refere Mauro Cappelletti, "O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado", tradução Aroldo Plínio Gonçalves, revisão de José Carlos Barbosa Moreira, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Ed., 1984, p. 117.

⁵¹ Como o afirma Gilmar Ferreira Mendes, *in* "Controle de Constitucionalidade - Aspectos jurídicos e políticos", ob. cit., p. 249/250.

cabimento ou não da ação e a proporá ou não (c. art. 2º, § 1º da Lei nº 9.882/99).

2º - A legitimação passiva é das autoridades ou dos órgãos responsáveis (e, nesse caso, se considera o funcionário que, na linguagem de Pontes de Miranda, *o presenta*).⁵²

3º - O procedimento se inicia por petição que satisfaça os requisitos do art. 3º da Lei nº 9.882/99 (deverá conter: a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental e o pedidos, com suas especificações) e os co-legitimados têm capacidade postulatória especial, que dispensa a presença de advogado (ADIN 127-2/al. Rel. Min. Celso de Mello, *in* DJU de 04.12.92, p. 23.057).⁵³

4º - Não sendo o caso de arguição ou não preenchendo a inicial os requisitos exigidos em lei, o relator poderá indeferir-la de plano (cf. art. 4º, § 2º da Lei nº 9.882/99). Dessa decisão cabe agravo, no prazo de cinco dias.

5º - Faculta-se a prévia oitiva dos órgãos ou das autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como do Advogado-Geral da União ou do procurador-Geral da República, no prazo comum de

⁵² Cf. “Tratado das Ações”, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Ed. Bookseller, Campinas/São Paulo, 1998, 1ª ed., p. 268 e s. No mesmo sentido, Jorge Miranda assinala que os centros de formação da vontade, nas pessoas coletivas (pessoas jurídicas) são criados por lei e, como não estas não têm existência própria, são atribuídas a certa pessoas físicas a função de preencherem esses órgãos em concreto e de agirem como se fosse a própria pessoa jurídica a agir. Desse modo, a vontade que essas pessoas física formem – uma vontade psicológica, como outra qualquer – é tida como a vontade da pessoa jurídica e qualquer ato que pratiquem a ela (pessoa jurídica) é atribuída. Nisso – segundo o autor - consiste o fenômeno da imputação, observando que não há dualidade de pessoas (a pessoa jurídica e titular dos direitos e a pessoa que os exerce) como na representação, legal ou voluntária, mas uma unidade: a pessoa jurídica, que exerce o seu direito ou prossegue o seu interesse, mediante pessoas físicas que formam a vontade, que são suporte ou titulares dos órgãos. Cf. “Funções, Órgãos e Actos do Estado”, Apontamentos de Lições, policopiado, Faculdade de Direito de Lisboa (FDL), Lisboa, 1990, p. 46/47.

⁵³ Cf. Juliano Taveira Bernardes, *in* “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, *ob. cit.*, p. 03.

cinco dias (cf. rt. 5º, § 2º da Lei nº 9.882/99)

6º - O pedido de liminar somente poderá ser deferido por decisão da maioria absoluta dos membros do STF (cf. art. 5º da Lei nº 9.882/99). Em caso de extrema urgência ou de perigo de grave lesão ou, ainda, em período de recesso, o relator poderá concedê-la, *ad referendum* do Pleno (cf. § 1º do art. 5º da Lei nº 9.882/99).

7º - A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais superiores suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada (cf. § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99).

8º - Segue-se prazo para as informações pelas autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado, por dez dias (cf. art. 6º da Lei nº 9.882/99). Mesmo na argüições incidentais (a que opera como prejudicial de inconstitucionalidade), não é imprescindível a oitiva das partes que compõem a relação processual originária, mas o relator poderá, se entender necessário, ouvi-las ou requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (cf. art. 6º, § 1º da Lei nº 9.882/99).

9º - A intervenção da Procuradoria-Geral da República é obrigatória. Terá vista pelo prazo de cinco dias, após o decurso do prazo para informações (Cf. CF/88, art. 103, § 1º e art. 7º, Parágrafo único da Lei nº 9.882/99).

10º - A decisão somente será tomada se houver quorum de pelo menos dois terços dos Ministros (cf. art. 8º da Lei nº 9.882/99) e, julgada a ação, se fará a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (cf. art. 10º da Lei nº 9.882/99). O presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão, ainda que o acórdão seja lavrado posteriormente.

11º - Em se tratando de ação oriunda de prejudicial de constitucionalidade, o magistrado retomará o curso do feito - que se encontrava suspenso, n forma do art. 265, "c" do CPC - para,

tomando a decisão como ponto prejudicial, prosseguir na direção da sentença.⁵⁴

Observe-se, por fim, que a inovação provoca certas perplexidades, que certamente serão afastadas pela prática dessa nova técnica, através da contribuição que lhe prestará a doutrina e a jurisprudência, como a de alargar sobremodo o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, pois não se limita ao controle de leis, alcança todos os atos do Poder Público (cf. art. 1º da Lei nº 9.882/99), inclusive as leis municipais.

5. CONCLUSÕES

De tudo o exposto, é possível concluir-se o que se segue.

a) Ressalta, no mundo atual, a jurisdição constitucional como a que tutela a Constituição, em lugar de proteger direito subjetivo individual ou mesmo interesses difusos.

b) Essa jurisdição, que existe ao lado da jurisdição ordinária ou comum, se apresenta sob quatro aspectos distintos: 1º - jurisdição de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público; 2º - jurisdição constitucional da liberdade, que diz

⁵⁴ O que bem revela o caráter de prejudicialidade constitucional dessa ação, quando proposta em respeito a questões pendentes de julgamento, inclusive possíveis decisões concessivas ou não de liminares. Nesse caso, a questão prejudicial que é levada ao STF por intermédio da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental volta de lá com a decisão, com eficácia *erga omnes* e a natureza de ponto prejudicial (sobre essa noção, cf. o nosso modesto “Jurisdição, ação (Defesa) e Processo”, Dialética, São Paulo, 1997, p. 188). Nos sistemas de controle concentrado – como na Itália – a provocação para apreciação da prejudicial de constitucionalidade é feita pelo próprio juízo. Cappelletti acentua: *Il carattere necessario della sospensione Del processo per pregiudizialità costituzionale, carattere che some s'è visto non è escluso dalla caratteristica esaminata al parágrafo precedente, sub a, non è escluso nemmeno dal potere-devere del giudice civile (penale o amministrativo), ma questo metodo di soluzione (non dico: la soluzione stessa) non può soddisfare*. Esse autor observa que, no ordenamento jurídico italiano, cessa a suspensão do processo desde o momento em que seja pronunciada na instrução a sentença que resolve a questão (*sentenza di proscioglimento*) não mais sujeita a impugnação. Os grifos são do original. Cf. “La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile”, Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 101 e 213.

respeito a atuação judiciária decorrente da provocação de um dos remédios ou ações constitucionais; 3º - jurisdição constitucional orgânica, destinada a solucionar conflitos que se instauram entre os diversos órgãos do poder em respeito ao alcance de suas competências e atribuições consubstanciadas em normas constitucionais; e, finalmente, 4º - jurisdição constitucional de caráter comunitária ou internacional, destinada a solucionar conflitos derivados da aplicação das disposições internacionais e comunitárias incorporadas ao ordenamento jurídico interno, quando afetadas por atos de autoridades ou disposições legislativas contrárias a essas normas de fontes externas.

c) Revelando-se como uma espécie distinta de jurisdição, implica – notadamente na modalidade de controle abstrato da constitucionalidade de normas e em decorrência da chamada trilogia estrutural do processo – a existência inevitável, de uma ação e de um processo com contornos próprios, em que se evidencia, em respeito a este último, o processo objetivo (*objektives Verfahren*).

d) O Brasil tem experimentado singular evolução quanto ao controle de constitucionalidade de normas. A 1ª Constituição do país – a Constituição do país independente e do Império do Brasil de 1824 – apenas admitia o controle político aos moldes do que existe em França, na época. Com a República – a partir da Constituição republicana de 1891 – instituiu-se o sistema de controle difuso.

e) A partir de 1934, porém, o país voltou-se para a adoção do sistema de controle abstrato, que se vem impondo como o principal.

f) É possível distinguir o sistema de controle de constitucionalidade abstrato puro, que se realiza com o pronunciamento jurisdicional que se resume à apreciação da norma, em nenhuma aplicação ao caso concreto e o sistema abstrato e concentrado, em que esse controle é realizado por apenas um órgão jurisdicional, que pode ser provocado a apreciar as questões prejudiciais de constitucionalidade, incidentemente, em um processo em curso, que deve ser retomado após esse julgamento.

g) A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º da CF/88 e regulada pela Lei nº 9.882/99 se apresenta como o coroamento dessa evolução e o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade de normas no Brasil, não só por incorporar à sistemática nacional uma

técnica do controle abstrato e concentrado, como por permitir que o órgão cúpula do Judiciário possa apreciar a eventual inconstitucionalidade de qualquer ato do Poder Público capaz de ameaçar de lesão ou lesar preceito fundamental, inclusive a inconstitucionalidade de leis municipais, que atualmente ficam fora desse controle.

h) Considera-se preceito fundamental, cuja potencial lesão, ou mera ameaça de, autoriza a propositura dessa ação constitucional, entre outros, os relativos à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

i) Diversamente do que se alardeia – principalmente dos que não examinaram com a atenção devida o novo instituto – a medida não representa a advocatória com nova roupagem: o STF somente aprecia a questão se provocado pelos entes legitimados no art. 103 da CF/88 (embora se admita que qualquer interessado possa representar ao Procurador-Geral da República nesse sentido), na forma do art. 2º e Parágrafo Único da Lei nº 9.882/99 e o juiz não é afastado da causa (uma vez decidida a questão prejudicial de constitucionalidade, os autos lhe são devolvidos para retomar a instrução e julgamento a partir daí, já com o ponto prejudicial).

NOVOS RUMOS DA CIDADANIA BRASILEIRA^(*)

George Sarmento

Promotor de Justiça e Professor do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Alagoas

Em 1991, certa empresa francesa, especializada em promoções artísticas, organizou um certame pouco convencional: o *arremesso de anão*. Atraídos pela novidade, jovens da periferia de Paris espremiavam-se nos salões das discotecas até formar um sólido bloco humano. Ao som do *rock-and-roll*, um anão era apresentado à platéia e em seguida arremessado aos ares. Uma vez entregue à multidão delirante, era catapultado de um lado a outro, rodopiava nas alturas até cair sobre mãos ansiosas que o esperavam para mais um arremesso. O prefeito da pequena cidade de *Morsang-sur-Orge* resolveu por fim a tal selvageria e interditou o espetáculo. Sem saber, acabou dando início a um dos processos mais célebres que a França já conheceu.

Para o prefeito, o tratamento dispensado ao anão era degradante e atentatório aos direitos humanos fundamentais. Acontece que tanto o anão como a empresa patrocinadora do evento ingressaram na Justiça Administrativa para reverter a situação. O anão argumentava que gostava do emprego e que não se sentia humilhado com o trabalho que lhe fora oferecido, nada vendo de nocivo à sua condição de deficiente físico. Já a empresa acusava o prefeito de abuso de poder e desrespeito à iniciativa privada.

A questão de fundo desse litígio aparentemente banal e provinciano expressava uma inquietação universal: mesmo a contragosto, o cidadão estaria obrigado a respeitar e a exigir respeito à sua condição de ser humano? Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana seria um bem disponível ou indisponível?

Ao decidir em última instância que o poder de polícia podia ser utilizado para interditar o exercício de uma profissão ou embargar

(*) Conferência proferida no I Congresso Alagoano de Estudos Constitucionais, em 30 de agosto de 2000, no auditório da Justiça Federal, Maceió, Alagoas.

atividade que exponha alguém a tratamento desumano, humilhante ou execrável, o Conselho de Estado – última instância da justiça administrativa – ratificou o compromisso da nação de concretizar os direitos humanos, mesmo que isso implique ingerência nas relações privadas.

O caso *lancer de nain*, como acabou ficando conhecido, nos obriga a refletir sobre a séria crise por que passa a cidadania brasileira. Crise política, moral e ética. A exemplo do anão francês, os cidadãos brasileiros foram transformados em impassíveis joguetes de interesses espúrios que se manifestam através da corrupção, da impunidade, da violência, da degradação ao meio ambiente, do desemprego generalizado. Parece até que perdemos a capacidade de reagir, de sonhar com um modelo de Estado mais justo. Alguns até se sentem felizes com as migalhas que lhes são oferecidas e, numa espécie de prazer masoquista, lutam para manter inalterado esse estado de coisas.

Dá a necessidade de repensar o papel da “cidadania”, palavra que está em voga no Brasil e que já começa a padecer do vício da banalização. Detentora de forte apelo retórico, foi assimilada pelo imaginário coletivo como uma espécie de unguento de fórmula misteriosa capaz de curar os males de uma sociedade marcada por fortes desigualdades sociais e econômicas.

Cidadania é um daqueles institutos jurídicos da Antigüidade que sobreviveram aos tempos e chegaram aos nossos dias com o mesmo prestígio de outrora. Em Atenas, ser um *polites* – isto é, um cidadão da florescente *polis* grega – era uma grande honraria. Um símbolo de poder: o direito de ser ouvido em assembléia sobre as grandes questões de Estado. Significava ainda a possibilidade de exercer cargos públicos, integrar magistraturas, defender pessoalmente seus interesses nos tribunais.

A *polis* caracterizava-se por ser um Estado soberano, com organização política marcada pela forte alternância no exercício do poder. Mediante voto ou sorteio, os cidadãos eram convocados para ocupar importantes funções políticas e administrativas. A ninguém era dado o direito de neutralidade ou de dedicação exclusiva à vida pessoal. Todos eram obrigados a participar da vida política da Cidade sob pena de banimento ou prisão.

Esse sistema, contudo, apresentava muitos inconvenientes. O número de cidadãos era extraordinariamente restrito. Estrangeiros, mulheres e escravos eram excluídos do processo democrático: não gozavam do direito de tomar parte das decisões coletivas. Embora fossem soberanos nas questões políticas, os cidadãos não tinham liberdade individual. Eram meras peças da engrenagem estatal. Como não havia distinção entre espaço público e privado, a intimidade, a vida pessoal e até mesmo o pensamento das pessoas podia ser alvo de deliberação da assembléia.

O fortalecimento militar e a política expansionista do Estado Romano terminaram por dominar a Grécia e transformá-la em colônia. A forte estrutura oligárquica de Roma era incompatível com a sobrevivência da cidadania nos moldes helênicos. Durante toda a Idade Média, o instituto da cidadania continuou mergulhado no obscurantismo, só reaparecendo com a Revolução Francesa e com os movimentos de inspiração liberal que a sucederam.

Em 1819, Benjamin Constant profere no Ateneu Real de Paris a célebre conferência *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, e apresenta como novo paradigma da cidadania os direitos individuais limitadores do despotismo estatal: liberdade política, religiosa, de opinião, de trabalho, além de garantias como o habeas corpus, o devido processo legal, imprensa livre, presunção de inocência e proteção à vida privada.

Desde então sua marcha tem sido contínua. Em 1949, T. H. Marshall traça o perfil histórico da cidadania no Ocidente. O sociólogo inglês sustenta que o século 18 arquitetou a *cidadania civil*, responsável pela solidificação dos direitos humanos individuais. O século 19 testemunhou o desenvolvimento da *cidadania política*, com a ampliação dos colégios eleitorais, do direito ao voto, do acesso aos cargos públicos e de outros instrumentos democráticos. Mas só no século 20, a partir do Estado da Providência, é que começa a *cidadania social e econômica*, que tem como meta a construção de uma sociedade justa e igualitária, impondo ao poder público a obrigação de criar condições mínimas de saúde, educação, trabalho, habitação e salários dignos.

A rebeldia dos anos sessenta traz consigo novas exigências. O uso indiscriminado dos recursos naturais não-renováveis, o aumento da poluição nos grandes centros urbanos, a destruição de rios e

florestas, a repressão sexual, o desrespeito aos consumidores e a discriminação à mulher no mercado de trabalho provocam grande indignação na sociedade civil. Movimentos contestatórios lutam pela melhoria da qualidade de vida. A preocupação com a sobrevivência da espécie humana, com a solidariedade entre os povos, com o modelo de desenvolvimento e com a preservação do meio ambiente passa a integrar o novo conteúdo da cidadania.

A nova cidadania nasce sob o signo da solidariedade. Os direitos humanos de 3ª geração – voltados para a proteção dos interesses difusos e coletivos da sociedade – plasmam novo modelo de cidadão: o cidadão que se preocupa com a qualidade de vida e a dignidade da população, mas que não abre mão de seu espaço privado e das garantias constitucionais que o cercam.

E não pára por aí. O grande sonho da cidadania planetária, que embalou estóicos e marxistas, não é mais uma longínqua utopia. O Tratado de Maastricht, editado em 7 de fevereiro de 1992, inaugura a cidadania transnacional, baseada na livre circulação de pessoas, de idéias e de mercadorias nos países europeus unidos pela reciprocidade de direitos. Nacionalidade e cidadania deixam de ser conceitos indissociáveis, o que é uma grande inovação do direito constitucional.

A cidadania européia está sendo construída em meio à diversidade cultural, política e religiosa. Antigos rivais uniram-se em torno de valores universais, tais como a não-discriminação, a tolerância, o respeito à dignidade da pessoa humana e às liberdades públicas.

Hoje cidadania pode ser conceituada como participação política e exercício dos direitos humanos fundamentais. Ninguém discorda de que a possibilidade de os cidadãos ocuparem cargos públicos, filiarem-se a partidos políticos ou escolherem seus representantes através do voto livre, direto e secreto é essencial ao Estado Democrático de Direito. Mas a verdadeira cidadania só se consoma no momento em que os direitos humanos forem verdadeiramente respeitados pelo poder público.

No Brasil, a crise da democracia representativa é evidente. Testemunhamos o enfraquecimento dos partidos políticos, do sistema eleitoral e dos parlamentos. Como a prestação dos serviços públicos é ineficiente, lenta e burocratizada, consolida-se a imagem de inércia do Estado na aplicação de políticas sociais concretas. Descrentes

dessas instituições, os cidadãos têm procurado novos espaços de participação política, como as organizações não-governamentais, as entidades de classe, as igrejas e outros setores da sociedade civil organizada.

Com relação aos direitos humanos, a situação não é diferente. A brutal concentração de renda nas mãos de um por cento da população deixa o Brasil entre os três países de maior desigualdade social. As disparidades salariais são perversas; as taxas de desemprego, assustadoras. Os excluídos invadem as cidades expondo ao mundo a face cruel da pobreza, da fome e do analfabetismo. A violência urbana aterroriza os moradores das grandes metrópoles. A corrupção desenfreada desvia verbas da merenda escolar, da saúde e dos trabalhadores.

E não é por falta de leis que o Brasil se encontra nessa situação. A partir da década de 70, assistimos ao nascimento de diversos instrumentos de defesa da cidadania, a exemplo da ação civil pública, do estatuto da criança e do adolescente, do código de defesa do consumidor, da lei de combate à improbidade administrativa e do código ambiental. A Constituição de 1988 confiou ao Ministério Público amplas atribuições para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além disso, os cidadãos podem lançar mão da ação popular a fim de defender o patrimônio público e outros direitos coletivos.

O problema está na fraca efetividade dos direitos humanos. O Estado tem-se mostrado lento e despreparado para assegurar as garantias constitucionais. Isto é grave porque a frustração de expectativas desacredita as instituições e compromete a democracia. A cidadania deve ser redescoberta e impor-se definitivamente como o caminho mais seguro para uma sociedade mais justa e solidária. É a única forma de vencer a apatia, o conformismo e a descrença que toma conta do povo brasileiro.

De todas as ações humanas, a que mais aproxima o homem de Deus é o ato de construir. Pedra por pedra, a cidadania brasileira ainda está por ser edificada. Mais do que um status legal, ela é o compromisso de fidelidade à nação, de respeito à dignidade humana e de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

SOBRE A TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Maurício André Barros Pitta

Membro do Ministério Público do Estado de Alagoas, Professor Assistente do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas e Mestre em Direito Público.

Ainda hoje vários municípios brasileiros cobram o tributo que ficou conhecido como Taxa de Iluminação Pública, destinada, segundo os alcaides, a melhorar o sistema de iluminação pública de suas cidades. Para nós contribuintes não se constitui tal tributo em apenas mais um no universo criativo dos “senhores de impostos”, mas principalmente um tributo já devidamente analisado e expurgado pela justiça em sua essência legal, que aliás, nunca existiu!

O fato é, como afirmei anteriormente, que não prescindem alguns municípios da cobrança deste tributo e nos cabe cidadãos contribuintes o dever de em utilizando o instrumento jurídico adequado que a Constituição nos assegura, enfrentar esse problema que começa justamente quando nos defrontamos com esta exata questão, ou seja, de que forma podemos agir?

Com o advento da Carta de 1988 que conferiu ao Ministério Público um papel de importância sem precedentes na defesa da sociedade, entendeu-se que através do instrumento jurídico da Ação Civil Pública seria possível o enfrentamento desejado, mesmo porque o caminho seria mais óbvio e principalmente mais confortável! Afinal, nada melhor do que uma instituição deste porte, com sua respeitabilidade e responsabilidade em um país onde as instituições cada vez mais se tornam reféns de agentes inescrupulosos e sem caráter, para tornar efetivo um direito almejado por parcela da população. Assim foi feito!

Com as reclamações dos cidadãos cada vez mais acumulando processos nos órgãos de defesa do consumidor por todo o país, estes por sua vez remeteram aos Ministérios Públicos estaduais tais reclamações não resolvidas (não ajuizando eles próprios as respectivas ações em razão da falta de estrutura jurídica para tal) o que acarretou uma série de ações civis públicas com o objetivo claro

de impedir a cobrança da taxa de iluminação pública. A reação inicial dos municípios se fez sentir quando seus representantes contestaram a legitimidade do “parquet” para ajuizar tais ações. Inicialmente os Ministérios Públicos do Rio Grande do Sul e de São Paulo entenderam serem órgãos legitimados para propor ação civil pública objetivando a suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública o que ensejou uma série de recursos especiais ao Superior Tribunal de Justiça.

Julgando o Recurso Especial n.º 49.272-6/RS em 1994 o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a Lei n.º 7.345/85 (Lei da Ação Civil Pública) seria de natureza essencialmente processual e que portanto limitava-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva, não sendo incompatível com qualquer norma estabelecida no Título III do Código de Defesa do Consumidor, pois que, sendo princípio de hermenêutica que uma lei ao fazer referência a outra da mesma hierarquia, seus dispositivos se incluíam na compreensão daqueloutra e assim constituiria parte integrante de seu contexto. E continuava o texto:

“O artigo 21 da lei n.º 7.345, de 1985 (inserido pelo artigo 117 da Lei n.º 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e “direitos individuais homogêneos”, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercita-la (art. 81, Parágrafo Único, III, da Lei 8.078/90).

Os interesses individuais, “in casu” (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – “a ação coletiva”.

Em seu voto o Ministro Relator Demócrito Reinaldo chegou mesmo a afirmar que:

“De nenhuma valia, ainda, seria a inscrição, pelo Código do Consumidor, de um Capítulo (II) disciplinando “Ações Coletivas para Interesses Individuais Homogêneos”, em que legitima o M. Público para propor “em nome próprio, ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos pelo consumidor”(artigos 82 e

91 da Lei n.º 8.078/90). Bastaria, pois, que num determinado caso - ainda que na esfera da proteção ao consumidor - fosse possível a um dentre uma coletividade, propor qualquer tipo de ação para ressarcimento de danos individualmente considerados, para impedir o manejo de qualquer ação coletiva, cuja legitimação é conferida ao M. Público.

Não me parece razoável, todavia, a compreensão restritiva.”

E mais adiante:

“O Egrégio Tribunal de Justiça, julgou inadequada a ação coletiva, à consideração de que, “não configurando a obrigação tributária direito difuso ou coletivo, mas direito individual homogêneo disponível por parte do contribuinte, descabe a ação civil pública para desconstituir crédito de natureza tributária”.

Ao meu sentir, o acórdão objurgado decidiu em descompasso com a Lei n.º 8.078/90 (art. 117), que, ao inserir no texto da Lei n.º 7.345/85, o artigo 21, incluiu, na proteção da ação civil pública, os interesses e direitos individuais homogêneos.

Arrematando seu convencimento o eminente Ministro cita Ada P. Grinover quando esta afirma que já no seu anteprojeto havia a intenção de aperfeiçoamento do texto objetivando a aplicação da tutela jurisdicional a outros interesses difusos precisamente caracterizados e no qual a ausência de solução a nível coletivo poderia constituir grave fato de perturbação social e exemplificando como interesses difusos os sujeitos passivos de obrigações tributárias, de qualquer natureza (*Ação Civil Pública*, p. 42). Mais adiante, justificando seu entendimento, o Superior Tribunal de Justiça reforçava afirmando ser a ação civil pública o remédio jurídico ideal para a questão, mormente a impossibilidade de ajuizamento de ação direta de declaração de inconstitucionalidade em razão de que as leis municipais atacadas eram anteriores ao advento da Constituição de 1988, o que inclusive, evitaria “inumeráveis demandas judiciais (economia processual)”.

Entendemos ser esta a correta visão do problema, mormente que a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos tem previsão constitucional expressa (CF, art. 129, III). Por sua vez a não inclusão dos direitos individuais homogêneos se origina no fato de que “nem todas as situações individuais homogêneas alcançam dimensão a

justificar a atuação do MP, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, que, pela natureza, têm afetação à coletividade e não ao indivíduo... Quando a proteção reclamada pela via da ação civil pública envolve direitos individuais, a legitimidade do Ministério Público emerge de forma indireta. Tratando-se de interesses individuais indisponíveis, a legitimação repousa no caput do art. 127 da Constituição Federal que ampara a Lei Complementar 75/93 e a Lei 8.625/93. Tratando-se de interesses individuais homogêneos disponíveis a atuação do Ministério Público somente admite estar voltada para a proteção do interesse social que possa transparecer a partir da conduta lesiva, e não para a proteção da situação individual. Esta perspectiva impessoal é que ampara a legitimidade ativa do Ministério Público, que passa a atuar na defesa do interesse social (CF arts. 127, caput, e 129, IX)¹.

Tais decisões e entendimentos se repetiram até 1997 (o acórdão mencionado é de 1994) e não restava dúvida que o Ministério Público amparado pelo que dispõem o texto constitucional federal e a lei da ação civil pública se constituía em órgão legitimado para enfrentar judicialmente a questão. Ocorre que a fonte de renda advinda da cobrança da Taxa de Iluminação Pública não é das menores, pois atinge todos quanto utilizarem a energia elétrica em suas residências, estabelecimentos comerciais e fábricas. Assim, segundo entendimento defendido por juristas contratados para este fim específico, como Hely Lopes Meirelles, não havia ilegalidade em sua cobrança e menos ainda legitimidade do Ministério Público em intentar Ação civil Pública contra a mesma.

Neste diapasão o Superior Tribunal de Justiça, que vinha por três anos decidindo da mesma forma através de suas turmas, resolveu que estava equivocado e modificou seu posicionamento. A nova descoberta jurídica (Eureka!) é a de que não se vislumbra qualquer possibilidade para que o Ministério Público, através de Ação Civil Pública, possa ajuizar ações contra a cobrança da referida taxa, pois o contribuinte não pode ser equiparado ao consumidor na relação jurídico-tributária estabelecida com a fazenda municipal. Ademais, os interesses e direitos individuais homogêneos somente podem ser tutelados pela via da ação coletiva quando seus titulares sofrerem

¹ Elke Doris Just, Juíza do Trabalho da 10ª Região: “As Demandas Coletivas e o Ministério Público.” Artigo veiculado na Internet.

danos na condição de consumidores. Desta forma não mais se entende como correto o exemplo de Ada P. Grinover que menciona como interesses difusos os sujeitos passivos de obrigações tributárias, de qualquer natureza (*Ação Civil Pública*, p. 42). Neste sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS INDIVIDUAIS
DISPONÍVEIS – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA –
LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – A
legitimidade do Ministério Público é para cuidar de
interesses sociais difusos ou coletivos e não para
patrocinar direitos individuais privados e disponíveis. O
Ministério Público não tem legitimidade para promover a
ação civil pública na defesa de contribuintes da Taxa de
Iluminação Pública, que não são considerados
consumidores. Embargos rejeitados. (STJ – EREsp
181.892 – MG – 1ª S. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU
08.05.2000)

O que seriam então direitos individuais homogêneos? Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso em sua obra *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor* (p. 278-79), “Tudo indica que esses interesses não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos seguimentos sociais, que lhes confere coesão ou aglutinação suficiente para destaca-los da massa de indivíduos isoladamente considerados”. O problema no entanto permanece. Poderiam ser considerados como aqueles que são divisíveis e plenamente individualizados, com titularidade determinada, porém no caso específico em discussão, a relação contribuinte-fazenda municipal se caracterizaria como relação de consumo?

A propósito, o Supremo Tribunal Federal em recente decisão envolvendo o assunto (Recurso Extraordinário 213.631-0, Minas Gerais) não entendeu de forma unânime acerca da impossibilidade da utilização da Ação Civil Pública como meio eficaz para impedir a cobrança da Taxa de Iluminação Pública. É bem verdade que o recurso não reconheceu legitimidade ao “parquet” mineiro, só que forçoso informar que neste caso específico foi cometido um grave equívoco, qual seja, o representante do Ministério Público do Município de Rio Novo (MG) pretendeu a declaração de

inconstitucionalidade através de sua ação, o que absolutamente não condiz com a ação civil pública, pois esta não possui o condão de substituir a ação declaratória de inconstitucionalidade. Não obstante tal fato o Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto (vencido) iniciou demonstrando o alcance do art. 129 da Carta Constitucional e seu alcance, que aliado ao art. 127 do mesmo diploma legal e ao Código de Defesa do Consumidor dispôs sobre a atuação do Ministério Público quanto aos interesses individuais homogêneos. Declarou ainda que sob a sua óptica os autos versavam sobre interesses individuais homogêneos e seguia:

“[...] a resposta, para mim, é desenganadoramente positiva, porque a ação foi intentada objetivando beneficiar todos os contribuintes de um município. O interesse social salta aos olhos, considerada a globalidade dos que residem no município, valendo notar a natureza pública da relação jurídica-tributária. Na espécie, tem-se o interesse social, um predicado que direciona à conclusão do envolvimento de interesses individuais homogêneos, que é justamente o aspecto social.”

O voto do eminente Ministro Marco Aurélio não se encerra aqui, pois mais adiante ele faz questão de lembrar ao relator, Ministro Ilmar Galvão, suas próprias palavras como receptáculo da convicção que esposava naquele voto:

“O Ministro Ilmar Galvão menciona a inibição – eu diria a acomodação – dos contribuintes quanto ao acesso ao judiciário para reclamar, relativamente a tributo, lesão ou ameaça de lesão a direito. Isso é uma constante, porque o cidadão geralmente aquilata os aspectos positivos e negativos do ajuizamento da ação, considerados os aborrecimentos que tem e as despesas, no que precisa contratar um profissional de advocacia. Esperar-se que cada qual, residente no município de Umuarama, ajuíze a ação para impugnar a majoração do tributo tida como ilegal, é simplesmente assentar-se que não teremos tal ajuizamento.”

O raciocínio do Ministro Marco Aurélio é simples, porém configura verdadeiro “soco no estômago” de todos aqueles que entendem não ser a presente questão e outras de natureza tributárias, passíveis de acionamento judicial via ação civil pública intentada pelo Ministério Público. O caso de Maceió é típico! Intentada a ação e inicialmente concedida liminar pelo juízo de 1ª instância e sentença

de mérito favorável (Juíza Catarina Ramalho de Moraes) não logrou êxito face a decisão igualmente equivocada do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. O Ministro Marco Aurélio cita a Hugo Nigro Mazzili quando este afirma que:

“No caso de ajuizamento visando a obter a devolução de tributos ilegalmente retidos ou recolhidos de milhares ou milhões de contribuintes [...], negar o interesse da sociedade como um todo na solução desses litígios e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais, seria negar os fundamentos e os objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública”.

Não resta dúvida da certeza do entendimento do Ministro Marco Aurélio, mesmo porque como afirma ele haveria ainda ganho em relação à desburocratização do judiciário ao se concentrar pretensões em um único processo além de “implicar freio à fúria arrecadadora do Estado”.

Conforme vimos, Áda P. Grinover entende que pode ser aventada tal hipótese, mormente diante do caso presente que reveste questão por ela prevista, ou seja, de natureza tributária. O fato de que se institui taxa em cobrança por iluminação pública tendo por cálculo referencial e base o consumo interno próprio não invalida, a nosso ver, a relação de consumidor na expressão da legislação pertinente, desde que utiliza serviço como destinatário final (consumo doméstico, por exemplo) para aferir cobrança externa e absolutamente inconstitucional. A solução para o problema, pois que em sua essência nada mais somos do que exatamente consumidores quando pagamos nossas contas de energia pelo valor “consumido” no mês, seria simples. Este porém não é o entendimento majoritário e dominante. Desta forma podemos afirmar que estamos órfãos, como cidadãos e até mesmo como contribuintes, pois o poder público, sempre ele, nos impôs uma única solução, qual seja, a via do mandado de segurança para obter a prestação jurisdicional face a cobrança de taxa de iluminação pública.

Não obstante nem tudo foi perdido! A questão em si mesma comportou decisões de mérito e mantém inalteradas em relação à impropriedade e ilegalidade da cobrança da TIP. É pacífica a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, assim como no Supremo Tribunal Federal de que a cobrança da Taxa de Iluminação Pública se constitui em ato inconstitucional por ferir o preceito básico e necessário de serviço público específico e divisível. Neste sentido:

“O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CF, art. 145, II). Com base neste entendimento, o Tribunal, concluindo o julgamento de recursos extraordinários (v. informativo 138), por votação unânime declarou incidenter tantum, a inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública instituída pelo município de Niterói-RJ (arts. 176 e 179 da Lei n.º 480/83, na redação dada pela Lei 1.244/93, ambas do município de Niterói-RJ). RREE 231.764-RJ e 233.332-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, 10.03.99.”

Para nós, cidadãos contribuintes e consumidores deste serviço, restaria a opção mencionada pelo Ministro Marco Aurélio para “de moto próprio” e às nossas expensas acionarmos judicialmente aos senhores de impostos contra a cobrança absurda e inconstitucional de mais este tributo, denominado Taxa de Iluminação Pública?

Entendo que não, pois ao lado desta vislumbro ter o Ministério Público o dever de perseverar, vez que a causa é justa e o direito líquido e certo. Aos órgãos da instituição não cabe a acomodação de um revés momentâneo, pois a construção de uma sociedade mais justa e equânime exige decisões e convencimentos, que muitas vezes encontram pela frente posições calcadas em equívocos construídos em consonância com mero convencimento passageiro e desta forma passível de modificação. A ordem jurídica não se constrói apenas e tão somente por si mesma, mas faz parte de uma engrenagem que deve ter por fim o alcance dos objetivos maiores da sociedade a qual ela serve. Neste sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça com relação à legitimidade do Ministério Público em questionar a cobrança da Taxa de Iluminação Pública através da Ação civil Pública nada acrescenta em termos de conquista da cidadania, mas pode e deve ser combatida, principalmente se nos convenceremos de uma vez por todas que numa democracia a divisão de deveres corresponde à de direitos.

A TEORIA DA AÇÃO EM FACE AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Raimundo Alves de Campos Júnior

Mestrando em Direito (UFAL/UFPE)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ação e acesso à justiça. 3. Ação e Constituição. 4. Ação e Direito Material. 5. Ação de direito material, pretensão e "ação" processual. 6. A ação processual e a sua relação com a ação de direito material - a Teoria Geral da Ação. 7. Direitos coletivos *lato sensu*. 8. Direitos difusos. 9. Direitos coletivos. 10. Direitos individuais homogêneos. 11. Tutela jurisdicional dos direitos transindividuais. 12. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Apesar do dissenso doutrinário existente entre os níveis da tutela de interesses contidos no texto constitucional atual (individual, coletivo ou difuso), o fato é que as transformações sociais têm exigido do direito e do processo civil uma nova postura. A prestação jurisdicional deve ser necessária e adequada a esse paradigma da atualidade, eis que aquela velha estruturação da teoria jurídica, que estava lançada numa preocupação estritamente individual, envolvendo necessariamente litígios entre pessoas certas e determinadas, já está há muito superada.

Extrapolando esse acanhado limite, surgiu, como fruto das evoluções e transformações sociais, a concepção de que certos direitos são de todos e não são de ninguém em particular. E por serem de todos e não serem de ninguém em particular podem ter sua tutela deflagrada por qualquer um, e por todos, se assim desejarem. Estar-se-á, agora, bastante longe da concepção clássica de direito subjetivo, consubstanciada no art. 75 do Código Civil brasileiro, o qual preceitua que a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Esta concepção – a de que a afetação de um direito está necessariamente ligada a alguém – é inteiramente insuficiente quando se trata de direitos que não podem ser individualizados, eis que são

pertinentes a todos da coletividade, como é o caso do direito ao meio ambiente sadio.

A maioria dos direitos e interesses que envolvem a sociedade moderna é transindividual. E uma vez que o processo deve e tem que ser instrumento de garantia dos direitos materiais envolvidos, de nada serviria o processo dissociado do escopo de efetividade do direito substancial tutelado. É por essa razão que as Constituições previram – e a prática tratou de disseminar – ações capazes de assegurar a defesa desses novos direitos, tais como: a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular etc.

Neste trabalho procurar-se-á mostrar que o direito de ação que embasa os remédios jurídicos processuais modernos, criados para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é de outra ordem e em nada se confunde com o direito de ação a que se refere o Direito Processual Civil.

2. AÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

A idéia de direito público subjetivo de ação abre as portas para uma melhor modelagem da ação à luz do acesso à justiça. A ação não pode deixar de se ligar à problemática do social, pois, cf. afirma Egas D. Moniz de Aragão, “... de nada adiantará que, em teoria, o direito de ação esteja assegurado a todos”... “se disso não se puderem valer efetivamente todos os interessados”¹. O Direito de ação, realmente, deve estar em constante adequação à realidade social. A abertura da legitimação *ad causam* no campo dos interesses metaindividuais constitui exemplo significativo dessa tendência.

Por outro lado, importa, atualmente, a questão da efetividade da tutela dos direitos, que exige um esforço para a construção de uma idéia que permita uma vinculação mais íntima da ação com o direito material. Essa idéia tem como meta garantir ao cidadão uma tutela que seja adequada à realidade de direito material, e que possibilite a realização efetiva do direito afirmado em juízo. Nessa linha emerge a

¹ **Apud** Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil - o Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 121 (Coleção Estudos de Direito de Processo de Enrico Tullio Liebman, v.24).

noção de direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material.

O direito de ação consiste no direito à tutela jurisdicional do Estado, por meio do qual se compõem os litígios, dando, desta forma, solução definitiva às pretensões resistidas.

A ação é, assim, no sentido processual tradicional, o direito (público subjetivo) conferido ao cidadão de invocar a proteção jurisdicional do Estado.

3. AÇÃO E CONSTITUIÇÃO

Para a inserção do instituto da ação no contexto da temática do acesso à justiça, imprescindível é o desenvolvimento do conteúdo do princípio da inafastabilidade.

A Carta Magna de 1988 (artigo 5º, XXXV), garante o direito de ação. Este artigo assegura que o Estado é obrigado a prestar tutela jurisdicional a quem o invoca sob o fundamento de ter sofrido lesão. Na verdade, entretanto, a Constituição Federal não garante apenas o direito de ação em face do Poder Público, mas de todos quantos, de qualquer modo, possam querer impedi-lo. É que se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Efetivamente, *“não basta afirmar a constitucionalização do direito de ação, para que se assegurem ao indivíduo os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido. É necessário, antes de mais nada, que por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o devido processo legal”*².

4. AÇÃO E DIREITO MATERIAL

Antes de mais nada faz-se necessário que analisemos a necessária relação entre os planos de direito material e direito processual para o encontro da efetividade do processo.

² Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, editora Bushatsky, 1975, p. 1.

Para que o processo possa, realmente, realizar os direitos, imprescindível é a visualização da ação na perspectiva de direito material. Se o processo visa tornar efetivo o direito, necessário é que o resultado da ação (processual) corresponda exatamente àquilo que se verificaria se a ação (=o agir) pudesse ser realizada no mundo do direito substancial. Em outras palavras, a ação processual deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição.

A perspectiva de direito material possibilita o ajuste da ação processual às peculiaridades da pretensão de direito material. A idéia de que *“a todo direito corresponde uma ação que o assegura”* deve ser tratada com cuidado, pois esse texto, bastante antigo, refletia decerto idéias hoje abandonadas. Com efeito, como diz Watanabe, para que do art. 75 do Código Civil *“se retire toda a conotação imanentista, basta que se leia o texto como se nele estivesse escrito que a toda afirmação de direito (e não um direito efetivamente existente) corresponde uma ação, que o assegura”*.³ O direito **afirmado**, como é cediço, não é a mesma coisa que direito existente. Aliás, mesmo o texto constitucional (art. 5º, inciso XXXV) deve ser lido com o mesmo cuidado, pois seu texto afirma que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, e sua leitura apressada poderá conduzir a uma conclusão imanentista, quando na verdade o que nele se afirma é que nenhuma **afirmativa** de lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Para o desenvolvimento da perspectiva de direito material, necessário é voltarmos a atenção para as noções de direito subjetivo material, pretensão de direito material e ação de direito material. Os conceitos de pretensão e ação de direito material é que permitirão a construção de uma ação processual adaptada às exigências do direito substancial. Importante que reste claro, porém, que o desenvolvimento de tal perspectiva não corresponde a uma mera posição doutrinária ou a um capricho acadêmico. Ao contrário, as dificuldades que o trabalho com a perspectiva de direito material trazem ao plano da teoria da ação, certamente nos levaria a deixá-la de lado, por passividade ou em razão do princípio da inércia (que não só se aplica ao campo do direito), não

³ Cf. Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1991, p. 523.

fosse realmente acreditarmos que a focalização desta perspectiva é fundamental para o encontro da efetividade do processo.

5. A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL, PRETENSÃO E “AÇÃO” PROCESSUAL

Considerado o direito subjetivo, a pretensão de direito material consiste na faculdade de se poder exigir a satisfação do direito. A pretensão é uma “mera potencialidade”, e, portanto, difere do seu exercício.

O direito subjetivo e a pretensão de direito material “*são estados de que desfruta seu titular*”, enquanto que o exercício dessa faculdade de exigir, não é mais estado, “*mas o desenvolvimento de uma ação por parte do titular da pretensão*”⁴. Quem exige, porém, ainda não age; limita-se a esperar a satisfação por parte do destinatário. Isto porque o exigir, “*que é conteúdo da pretensão, não pode prescindir do agir voluntário do obrigado*”⁵.

Se o exercício da pretensão de direito material não leva à satisfação do direito, surge ao titular da pretensão a **ação de direito material**. A ação de direito material “*é o agir – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito realizá-lo-á por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado*”⁶.

A ação de direito material não pode ser confundida com a ação processual. Segundo Pontes de Miranda⁷,

A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste;

⁴ Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 1, Porto Alegre, Editora Fabris, 1987, p. 63.

⁵ Idem, ibidem.

⁶ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, v. 1, São Paulo, Editora RT, 1970, p. 110.

⁷ Ob. cit., p. 110-111.

nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídico processual, na qual haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica.

A ação de direito material, na maioria das vezes, é veiculada através da ação processual. A proibição da autotutela privada, impedindo ao particular agir para realizar o seu direito, fez surgir o direito à realização através do Estado. A concepção da ação de direito material, portanto, vincula-se a uma compreensão histórica da proibição da autotutela privada e do monopólio da jurisdição. Realmente, *“quanto mais o Estado alargou, através da História, o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, tanto menor passou a ser a possibilidade de exercer-se a ação de direito material sem a invocação da proteção jurisdicional”*.⁸

6. A AÇÃO PROCESSUAL E A SUA RELAÇÃO COM A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL - A TEORIA GERAL DA AÇÃO

A doutrina demonstra, no limiar dos tempos, a necessidade de que toda relação processual se angularize depois de sua formação linear entre Autor e Estado, mediante a provocação daquele que figura no outro pólo da relação jurídica litigiosa, para que venha integrá-la, na condição de demandado. Isto porque não se concebe, atualmente, relação processual sem a participação de no mínimo três sujeitos: autor, juiz e réu.⁹

Esta posição levou os doutrinadores medievais a declarar que a relação processual era um *“actum trium personarum”*, ou seja, uma relação formada por esses três sujeitos.

Na Itália, ao sabor das discussões doutrinárias acerca do direito de ação, que buscava ainda no Direito Romano seu pensamento jurídico, doutrinadores surgiram orientando-se pelo lado da Teoria Civilista, que baseava-se no direito subjetivo. Defendiam

⁸ Cf. Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, ob. cit., p. 66.

⁹ Às vezes o chamamento do réu não se faz necessário e a angularidade da Relação Jurídica Processual não se completa.

que era o próprio direito na sua possibilidade coativa que dava o direito à ação, ou ainda o momento constitutivo do conceito deste direito.

Tal conceito reinou incontestado, através de várias conceituações, as quais sempre resultaram em três conseqüências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito. Não se distinguiu, pois, a ação do direito subjetivo material.

Entretanto, a idéia de que a ação e direito subjetivo material eram a mesma coisa (Teoria Civilista), não satisfazia e, assim, surgiram outras teorias para demonstrar que o direito de ação era autônomo. Distinguindo o direito de ação do direito subjetivo material a ser tutelado e reconhecendo, em princípio, seu caráter de direito público subjetivo, duas correntes principais disputam a explicação da natureza do direito de ação: 1ª) a teoria do direito concreto à tutela jurídica e 2ª) a teoria do direito abstrato de ação.

É devido a Oskar Von Bülow o mérito de, em 1868, afirmar a importância do estudo da relação processual como relação de direito público que se forma entre o particular e o Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e regras que a presidem.

Para Bülow o processo não é decorrência exclusiva do direito subjetivo alegado pelo autor. Consiste, ao contrário, olhado no complexo dos seus atos, numa relação jurídica autônoma, em face daquele direito, que se desenrola, gradual, paralela e simultaneamente, entre dois contendores e o juiz. Porque deriva de normas reguladoras de uma atividade do Estado, ao direito público pertence. Para tal jurista, a exigência de tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa.

Ao mesmo tempo, Plósz e Degenkolb defenderam outra tese, dizendo, em síntese, que a obra de

Bulow, libertando o processo da velha concepção de mera defesa judicial do direito invocado na causa e outorgando-lhe a existência autônoma de relação jurídica sui generis, incompleta ficara por haver o grande inovador descurado de dar a essa relação uma base certa e própria, independente do direito

*argüido pelo autor, pois este só poderia servir de base à ação, nos casos desta ser acolhida pela sentença. Impunha-se, portanto, encontrar um fundamento comum à ação, qualquer que fosse a sua sorte. E esse elemento constante só poderia ser o simples poder de agir em juízo outorgado ao cidadão, independentemente dele possuir efetivamente qualquer direito privado, mas para resguardo de um legítimo interesse. Em verdade, ainda que contrária às suas conveniências, tem o indivíduo interesse na emanção da sentença, que lhe traga a certeza útil de não lhe caber o direito pretendido.*¹⁰

Tais doutrinadores consideraram a ação um direito do Autor em face do Juiz e do Réu, tendo por objeto, quanto ao primeiro, a sentença, e, quanto ao segundo, a cooperação necessária à obtenção da sentença.

Plósz qualificou de abstrato o direito de ação, exatamente porque o considerou abstraindo a existência ou inexistência do direito invocado.

Degenkolb repudiou sua teoria quarenta anos mais tarde, iniciando novo estudo doutrinário ao qual chamou de “*direito de ser ouvido pela via legal*”.

Em 1885, Adolf Wach, que foi um dos fundadores da moderna teoria processualista, apresentou a tese pela qual a ação é definida como sendo o direito concreto à tutela jurídica. Desta forma, distinguiu o simples poder de agir em juízo, do mesmo poder de agir quando qualificado por certas condições.

Ao *poder de agir* denominou *possibilidade de agir*, que reconheceu a qualquer cidadão. Ao *poder de agir qualificado*, denominou *direito de ação* que só poderia ser concebido presentes dois requisitos: condições da ação e pressupostos processuais.

Já em 1936, James Goldschmidt demonstrou que a relação jurídica de direito privado gera fundamentalmente direito e obrigações para as partes, o que não acontece, ou apenas

¹⁰ Cf. Guisepppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo, Editora Saraiva, 1965.

excepcionalmente acontece, na relação processual, onde nem o autor e nem o réu, sujeitos desta relação, possuem direitos e obrigações um para com o outro. Para este doutrinador, não há entre autor e réu uma verdadeira relação jurídica geradora de direitos e obrigações recíprocas, de tal modo que pudesse exigir do outro uma prestação positiva ou negativa. Desta forma, procura demonstrar que o direito processual, contrariamente ao direito material, caracterizava-se por um estado generalizado de incertezas, onde nenhuma das partes poderia saber os verdadeiros limites de seus direitos e obrigações.

Muitos criticaram a teoria de Goldschmidt, entretanto outros acataram-na, como Enrico Tullio Liebman ao mostrar que a teoria da situação jurídica, ao invés de explicar e definir o processo, enquanto unidade jurídica, preocupou-se em examinar a *res in judicio deducta*, que constitui o objeto do processo, não o processo em si mesmo.

Todos estes posicionamentos originaram-se do Direito Romano, que possuía uma formação eminentemente processual. Isto porque era tido como atividade jurisdicional do Estado confundindo **ação e lei** (*jus e actio*).

Em 1903, Giuseppe Chiovenda fundou a escola processualista italiana, projetando os frutos de seus antecessores, confirmando a autonomia da ação.

Chiovenda coloca a ação como instituto já processualmente configurado, afirmando-a independentemente do direito que ela se destina a fazer valer.

Para Chiovenda “*se a ação é o poder jurídico de realizar a condição para que a vontade da Lei atue, esse poder só é dado a quem tenha um bem da vida garantido pela norma legal, cuja vontade se quer atuar*”.¹¹ Faltando, pois, ao indivíduo esse interesse protegido pela vontade da Lei, falta-lhe a ação.

Não nos interessam as teorias de Adolf Wach, Bülow e Chiovenda, que viam a ação como direito autônomo e concreto. É certo que estas teorias não satisfazem.

A teoria abstrata da ação, contudo, merece atenção. Para esta teoria – criada na Alemanha, em 1877, por Degenkolb (necessário é lembrar, porém, que Plósz, quase à mesma época, construiu teoria

¹¹ Cf. Guiseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit.

similar na Hungria) – o direito de ação não depende da existência efetiva do direito material afirmado. Eduardo Couture e Alfredo Rocco foram grandes defensores deste ponto de vista.

Para essa teoria, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável.

Couture distingue direito, pretensão e ação. De acordo com o grande processualista,

la acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene esse poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente. De la misma manera que todo individuo, en cuanto tal, tiene el derecho de recibir asistencia del Estado en caso de necesidad, tiene también derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción, para pedirles su ingerencia cuando la considera procedente. Esa facultad es independiente de su ejercicio; hasta puede ejercerse sin razón, como cuando la invoca y pretende ser amparado por el Estado, aquel que no se halla efectivamente en estado de necesidad o aquel cuyo crédito ya se há extinguido porque el pago hecho al mandatario era válido”¹².

Ainda segundo Couture, “una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el ‘qué es la acción’) debe partir de la

¹² Cf. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 68.

base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta com arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción".¹³ *"La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad"*.¹⁴

Quando proibida a autotutela privada, nasceu ao particular o direito a uma resposta jurisdicional. Surgiu, por igual, pretensão a uma resposta jurisdicional. Existe, porém, não só direito e pretensão a uma resposta jurisdicional, como também direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que possa realizar a ação (=o agir) que seria realizada – não fosse ter sido proibida – pelo particular em um dado conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual e, em caso de procedência, realize o verbo nela indicado. A pretensão processual, que nasce com o exercício da pretensão à adequada tutela jurisdicional, mostra o agir pretendido, pois consiste no pedido de realização da pretensão de direito material afirmada em juízo. A apreciação da pretensão processual, no entanto, fica subordinada à presença de requisitos. Quando estes requisitos não estão presentes nega-se o direito à adequada tutela jurisdicional, mas não o direito a uma resposta jurisdicional. Em outros termos: nega-se o direito à apreciação da pretensão processual que revela a ação de direito material pretendida e, portanto, a ação condicionada e adequada à realização desta "ação".

O direito à resposta jurisdicional relaciona-se com a ação incondicionada, enquanto que o direito à adequada tutela jurisdicional faz surgir a idéia de ação condicionada e adequada ao plano do direito material. A toda pretensão de direito material corresponde uma ação de direito material, ao passo que a toda pretensão à adequada tutela jurisdicional, ou, ainda, a toda afirmação de direito, deve corresponder uma ação condicionada e adequada. A improcedência da pretensão processual significa, apenas, a negação da ação de direito material; não a da ação condicionada e adequada.

¹³ Ob. cit., p. 71.

¹⁴ Ob. cit., p. 77.

7. DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

A questão relativa aos direitos coletivos *lato sensu*¹⁵ está vinculada à observação no sentido de que há uma faixa intermediária de direitos, que não se situam nem no campo do direito privado, amoldado de forma a abrigar as relações jurídicas entre particulares, nem no do direito público, que trata das relações entre o Estado e quaisquer de seus muitos súditos.

Essa nova realidade representou, é verdade, uma grande reviravolta no modo como a consciência jurídica e os sistemas processuais buscavam resolver a questão das soluções do Direito para os conflitos de interesses.

Toda a exclusiva preocupação com os conflitos entre indivíduos, passou a ser acompanhada por outro tipo de questionamento: como fazer para defender os direitos metaindividuais, que estão aí, ao nosso redor, tenhamos ou não disposição para enxergá-los?

Descobriu-se que ao lado dos direitos individuais tradicionais, outros direitos, transcendentes àqueles, também existiam e precisavam da tutela estatal.

Esses “novos direitos” situam-se num campo dos direitos que pertencem a todos, mas que não são públicos, no sentido tradicional desse vocábulo. São, isso sim, transindividuais ou metaindividuais, derivados da massificação da vida em sociedade e do surgimento de novas “modalidades” de conflitos, em relação aos quais o sistema processual centrado na iniciativa exclusiva do titular do direito subjetivo não tem como fornecer respostas eficazes.

A verdade é que se está inexoravelmente diante de novos mecanismos processuais, que servem tanto aos direitos coletivos, quanto aos difusos e aos individuais homogêneos, e que, em última análise, representam um extraordinário avanço em tema de acesso à

¹⁵ Na opinião de Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin (*A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*, in “Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação.” Coordenador Édis Milaré, São Paulo, RT, p. 95, nota 93), a doutrina se utiliza dessa expressão “para diferenciá-los do gênero interesse coletivo, expressão frouxa usada por vários autores para designar todos os interesses e direitos que não são estritamente individuais.”

Justiça. O Estado-de-Direito, essencialmente democrático, quer que sempre mais e mais de seus súditos possam receber os resultados dos serviços judiciários em geral.

8. DIREITOS DIFUSOS

Dentre os direitos coletivos *latu sensu*, ou direitos metaindividuais, os direitos difusos são aqueles em que os seus titulares não são determinados ou, pelo menos, não são determináveis, pois embora digam respeito a um grupo de pessoas, não é possível precisar-lhes claramente a respectiva titularidade.

Os direitos difusos estão definidos no inciso I do art. 81 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), aplicando-se essa definição não apenas aos direitos difusos em matéria de consumo, mas, por força do que dispõe o art. 117 do mesmo diploma legal, aos demais direitos difusos, nas matérias de que trata a Lei da Ação Civil Pública.

Segundo esse dispositivo de lei, entendem-se por direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, cuja titularidade pertença a pessoas não determinadas, ligadas umas às outras por meras e acidentais circunstâncias fáticas.

A característica fundamental para a definição dos direitos difusos é justamente a indeterminação dos sujeitos. Para Lúcia Valle Figueiredo, os direitos difusos *"caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço"*.¹⁶

Para Celso Ribeiro Bastos, o que caracteriza os direitos difusos é a ausência de qualquer vínculo jurídico a unir os seus titulares. Segundo esse autor, via de regra, as lesões aos direitos difusos se mostram disseminadas, não circunscritas, num verdadeiro *"fenômeno de propagação altamente centrífuga"*.¹⁷

¹⁶ Cf. *Direitos difusos na Constituição de 1988*, Revista de Direito Público, v. 88, out./dez. 1988, p. 105.

¹⁷ Ver *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*, RePro, v. 23, jul./set. 1981, p. 40.

Duas observações devem ser destacadas quantos aos interesses difusos: a primeira diz respeito à sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos; a segunda diz respeito ao seu objeto, que é sempre um bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade.

Como principais características, podem ser elencadas: a) ausência de vínculo associativo entre os lesados ou potencialmente lesados; b) a abrangência de uma cadeia abstrata, indeterminada e aberta, de indivíduos (por isso, direitos ou interesses transindividuais); c) uma potencial e abrangente conflituosidade; d) a ocorrência de lesões disseminadas em massa; e) vínculos fáticos unindo os interessados ou potencialmente interessados; f) indivisibilidade dos direitos ou interesses.¹⁸

9. DIREITOS COLETIVOS

Os direitos coletivos são, via de regra, mais facilmente identificáveis do que os direitos difusos, justamente porque, enquanto nestes a titularidade se perde na indefinição subjetiva, naqueles há condições perfeitas de se identificarem os titulares, em razão do necessário vínculo associativo ou corporativo que os prende.

Há, entre os titulares do direito coletivo, um vínculo jurídico, que determina a convergência dos respectivos interesses, de modo que a entidade associativa possa, na condição de legitimidade ativa, propor ação coletiva voltada à defesa desses direitos.

O inciso II do art. 81 da Lei 8.078 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) define os direitos coletivos como aqueles direitos transindividuais, indivisíveis por natureza, cuja titularidade pertença a grupo, categoria ou classe de pessoas, que tenham vínculo entre si ou com o outro pólo da assim chamada relação jurídica base.

Trata-se, em verdade, de direito do grupo social, representado por associações ou corporações voltadas à defesa de determinados tipos de interesses da sociedade. É um tipo de direito metaindividual

¹⁸ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *A tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1984. A problemática dos interesses difusos, p. 36-37.

porque transcende aos interesses de cada uma das pessoas vinculadas ao grupo associativo, para guardar sintonia com os próprios fins institucionais do grupo.

Conforme se infere das definições acima, possuem as seguintes características: a) são interesses ou direitos transindividuais, na medida em que se manifestam em razão da própria coletividade; b) abrangem uma quantidade de pessoas determinada ou determinável; c) há um vínculo associativo (relação base) entre os interessados ou entre estes e a parte contrária; d) são, também, frutos de uma potencial e abrangente conflituosidade; e) indivisibilidade dos direitos ou interesses.¹⁹

10. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos individuais homogêneos têm as mesmas características dos direitos coletivos. Diferem apenas pela divisibilidade do dano ou pela responsabilidade que lhes afeta.

A interpretação do inciso III do art. 81 da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) – e que define os direitos individuais homogêneos – nos leva a concluir que a novidade está em se dar tratamento coletivo a direito individuais.

A proteção coletiva dos direitos individuais representa, sem dúvida, a mais expressiva das inovações operadas na ordem processual. O cidadão comum, que estaria, em tese, distante das decisões da Justiça pode, mediante esse novo sistema, alcançar a almejada proteção do direito para suas pretensões.

A similitude que se pode encontrar entre os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos é tão somente no que concerne ao tratamento processual dispensado a uns e a outros. Isso porque, de um modo geral, os direitos difusos e os direitos coletivos efetivamente representam novas formas de condutas apreciadas pelo sistema jurídico, e dele merecedoras de ampla proteção.

Já os direitos individuais homogêneos são os mesmos direitos subjetivos individuais de há muito conhecidos em nossa ordem jurídica, que têm como seus titulares as pessoas individualmente

¹⁹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Tutela dos Interesses Difusos*, ob. cit., p. 13.

consideradas. A diferença que se pode encontrar, entre esta última classe de direitos e aqueles já consagrados em nossa ordem jurídica, reside justamente no modo como se pode realizar sua defesa em juízo. Na verdade, eles contam com um modo a mais através do qual se pode obter sua proteção.

Enquanto aos direitos subjetivos individuais “tradicionais” está reservada a legitimação para agir nos termos do que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil, para a defesa dos direitos individuais homogêneos se destacam os novos mecanismos de legitimação dispostos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública, entre outros regramentos que também contemplam novas possibilidades de defesa dos direitos em juízo, além do caminho individual, do processo civil tradicional.

É claro que sempre aconteceram conflitos emergentes da relação de consumo. Somente agora, contudo, é que conflitos dessa natureza têm merecido tratamento material e processual especializado, por força dos movimentos renovadores do Direito, que os transportaram de uma concepção liberal-individualista para outra, mais voltada ao atendimento de seus contornos sociais.

A opção pela tutela coletiva dos direitos individuais decorre do interesse social em se dotar o ordenamento jurídico de mecanismos mais eficazes para a solução dos conflitos surgidos em torno das relações de consumo.

As principais características que envolvem o conceito de interesses individuais homogêneos são: a) cuida de um tratamento coletivo para interesses ou direitos que podem ser perfeitamente defendidos por instrumentos do processo civil tradicional; b) abrange uma série de indivíduos identificados ou identificáveis; c) não há relação base entre os interessados, estando eles ligados pela circunstância de os seus interesses decorrerem de uma causa comum; d) sua proteção também decorre de uma profunda modificação na litigiosidade que se manifesta na sociedade atual.²⁰

²⁰ Cf. Antônio Herman Benjamin, *A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. Ob. cit., p. 96.

11. TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O direito de ação é garantido a todos. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser aplicado às pessoas jurídicas, aos entes despersonalizados para a proteção de direitos e interesses difusos e coletivos.

Sendo conhecido o princípio processual segundo o qual ninguém pode vir a juízo, em nome próprio, pleitear direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º, CPC), tem-se como consequência a impossibilidade de haver substituição processual, salvo quando decorrer do ordenamento jurídico autorização para tanto.

Essa regra não é idônea para solucionar o problema da legitimação para a causa na tutela dos direitos transindividuais. Portanto, para que tais direitos não fiquem sem proteção jurisdicional, é preciso que sejam buscadas alternativas de sorte a tornar possível a dedução de pretensões envolvendo esses direitos em juízo.

Isto porque os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX. Pensar-se, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável.

Se no sistema presidido pelo art. 6º do Código de Processo Civil estão agregadas a legitimação para a causa e a legitimação para o processo, de modo que só pode ser parte processual, como autor da demanda, aquele que seja também o titular da pretensão, no novo sistema, das ações coletivas, os legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor não são necessariamente titulares da relação jurídica de direito material.

Nas ações coletivas, pode, portanto, ser pertinente àqueles a que a lei autoriza a propositura da ação, apenas a *legitimatio ad procesum*, enquanto a *legitimatio ad causam* se refira à coletividade

(direitos coletivos) ou ao grupo indeterminado de pessoas (direitos difusos).²¹

Essa dificuldade de interpretar os dispositivos do novo sistema (sistema coletivo) processual deita suas raízes na concepção marcadamente individualista com que aprendemos e desenvolvemos o direito processual civil entre nós.

Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como **extraordinária**, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade, para Nelson Nery Júnior, *“o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo, instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação”*. Termina o renomado autor por afirmar que *“não é de hoje que se aponta na doutrina a inadequação de vincular-se a noção de legitimidade ordinária para a causa com a afirmação da titularidade do direito material”*.²²

Deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial.

²¹ Para Teresa Arruda Alvim Wambier (*Apontamentos sobre as ações coletivas*, RePro, v. 75, jul./set. 1994, p. 279), o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor alterou *“o conceito clássico de legitimidade, que pressupunha haver uma coincidência entre a titularidade da relação jurídica de direito material posta sob a análise do Judiciário e a titularidade da relação jurídica de direito processual, ou seja, aquele que, no plano do direito material, tivesse contratado seria quem teria, agora, legitimidade para figurar num dos pólos da relação jurídica de direito processual em que se discutisse a validade daquele mesmo contrato”*.

²² Cf. Nelson Nery Júnior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, RT, p. 108.

Segundo alguns doutrinadores, a primeira manifestação normativa brasileira no sentido de conceder tutela jurisdicional para os direitos difusos, como concebido modernamente pela doutrina, tenha sido a criação da Ação Popular Constitucional, regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29/06/65. Ainda que restrita à anulação do ato impugnado e indenização, a ação popular constitucional se presta à proteção jurisdicional dos direitos difusos. Com efeito, a CF permite que o cidadão ingresse em juízo pedindo a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou ao meio ambiente, bem como a indenização respectiva a fim de que as coisas retornem ao *status quo ante*.

Através da Ação Popular o cidadão participa na administração da coisa pública, valendo observar *"que o interesse do autor popular, que propulsiona o seu agir em Juízo, é muito mais do que um simples interesse no resultado casuístico do exercício da jurisdição; cuida-se de um interesse genérico e abstrato na legalidade administrativa ou, em termos mais amplos, no controle jurídico da atuação do Poder Público, para o qual contam, inclusive, os efeitos intimidatórios e preventivos que uma demanda específica pode trazer"*.²³

De lá para cá as normas têm evoluído para assegurar, ainda mais, o direito à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos através de institutos como a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor etc.

O critério determinante que deve ser utilizado para a caracterização da ação civil pública é o **objeto** dessa mesma ação, vale dizer, a dedução por meio de **ação coletiva**, de pretensão metaindividual (individual homogênea, coletiva ou difusa).

Esse conceito sofreu evoluções principalmente em face do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o *caput* desse artigo de lei diz que a defesa do consumidor em juízo pode ser feita individual ou coletivamente. Para a ação individual não há nenhuma nova consideração a fazer, já que a ela se aplicam os princípios que regem o processo civil no geral. No entanto, o parágrafo único do art. 81 diz que *defesa coletiva* do consumidor em juízo pode ser efetivada na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

²³ Cf. Elival da Silva Ramos, *Participação e processo*, São Paulo, RT, 1988. A ação popular como instrumento de participação política, p. 209.

A norma define esses direitos caracterizando os difusos como os transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares sejam indetermináveis, ao passo que os direitos coletivos seriam aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares grupos, categorias ou classes. Por fim, os direitos individuais homogêneos, na linguagem do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles de origem comum.

Para a tutela dessas três categorias de direitos, o Código de Defesa do Consumidor prevê a **ação coletiva** sendo que para a hipótese do art. 81, parágrafo único, inciso III (direitos individuais homogêneos), o CDC criou a primeira *class action brasileira* (art. 91 e seguintes do CDC), já que o direito por ela objetiva é individual e não difuso ou coletivo, que já eram protegíveis judicialmente por meio da ação civil pública da Lei nº 7.347/85.

Interessante notar o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo por exemplo que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade, como assevera Nelson Nery Júnior, *“o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”*. O mesmo fato pode dar ensejo a pretensão difusa, coletiva e individual. *“O acidente com o Bateau Mouche IV, no Rio de Janeiro, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.”*²⁴

²⁴ Cf. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 2. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1992, p. 623.

Espécie de ação civil pública é o mandado de segurança deduzido na forma de ação coletiva (art. 5º, LXX, CF). O que caracteriza essa figura instituída no atual texto constitucional não é a **pretensão deduzida**, mas sim a forma de exercer essa pretensão mandamental. A doutrina tem incorrido no erro de entender tutelável pelo mandado de segurança coletivo ora apenas a pretensão coletiva, ora a pretensão difusa. No entanto, essa figura constitucional nada mais acrescentou à ordem jurídica do país do que legitimar para a causa entidade que menciona (partidos políticos com representação no Congresso Nacional e associação ou entidade sindical), na defesa de direitos que não estão em sua esfera individual.

12. CONCLUSÃO

Desde que o homem ser social, organizou-se em sociedade, passaram a existir certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas, sim, a toda a sociedade. Havia direitos da comunidade que não eram propriamente direitos subjetivos, já que a comunidade, considerada em si mesma, não possuía personalidade jurídica, qualquer que fosse o sistema jurídico que estivesse examinando. Entretanto, se antes tais interesses transindividuais não eram objeto de análise – porque se manifestavam em escala tão pequena que sequer eram objeto de preocupação dos sistemas jurídicos –, hoje, com a massificação da sociedade e das relações de consumo, a realidade social hodierna é infinitivamente mais complexa, fazendo necessário, pois, se adequar a proteção jurisdicional aos novos direitos que surgiram.

Esses novos direitos pertencem a grupos, classes ou categoriais de pessoas. Ninguém é titular exclusivo, mas, ao revés, todos os membros daqueles são seus titulares. Tal assertiva vem comprovar que a tutela jurídica (melhor, a pretensão à tutela jurídica) pode existir, sem que existam o direito subjetivo ou a pretensão de direito privado.

Muito embora o problema da tutela dos direitos não subjetivados tivesse sido posto cedo no direito português, o nosso direito processual civil, porque já bastante defasado às novas realidades sociais, ainda tem suas raízes na tutela dos direitos individuais, fato que se torna evidente ao se verificar a exigência tradicional do interesse de agir ser pessoal e direto no que diz respeito

ao que atua na demanda. Se outrora a preocupação tradicional do processo era resolver lides intersubjetivas, atualmente está o processo envolto em questões transindividuais, fazendo com que os conceitos de processo e de ação venham sofrendo transformações.

Entretanto, aquela velha ótica em que os conflitos sociais eram vistos – a ótica do conceito clássico do direito subjetivo – não mais persiste. As modernas relações sociais alteraram totalmente a estrutura formal do Estado e, por consequência, do Direito. Os interesses originados da emergente esfera de conflitos trouxeram, como corolário lógico, a necessidade de uma ordem jurídica capaz de evitá-los ou resolvê-los. Nesse passo, desenvolveram-se e passaram a ser objeto de preocupação do sistema jurídico os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

São novas categorias de direitos, nascidos exatamente da nova forma de inter-relacionamento entre o Estado e a Sociedade Civil e pela profunda modificação que ocorre no interior desta, gerando uma outra ordem de conflitos, até então negados ou ignorados pela ordem normativa, fruto, também, da evolução industrial, tecnológica e dos instrumentos de comunicação de massa.

Se, no início, os direitos difusos e coletivos, mais os individuais homogêneos, eram tratados com certo preconceito, até porque referem-se a direitos dificilmente encartáveis nos rígidos esquemas conceituais que sempre guardaram os direitos subjetivos, ou, no caso dos individuais homogêneos, direitos merecedores de tratamento processual especial, nitidamente diferenciado do tratamento dispensado aos direitos subjetivos individuais, em decorrência do caráter coletivo que têm, ainda que só acidentalmente,²⁵ aos poucos a doutrina caminha para adaptar o nosso Código de Processo Civil à nova realidade.

É bom observar, contudo, que a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais, não

²⁵ José Carlos Barbosa Moreira entende que os direitos coletivos e difusos são essencialmente coletivos, ao passo que os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos (ver *Temas de direito processual*, terceira série, São Paulo, Saraiva, 1984. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 195-196).

mais se aceitando o modelo clássico concebido e realizado para acudir fundamentalmente à situação de conflito entre interesses individuais. Daí a necessidade da criação de novos sistemas que permitam a adequada proteção dos interesses não subjetivados, pois o conceito de direito de ação do Processo Civil, com finalidade de resolução de conflitos intersubjetivos, não contempla mais a evolução do Estado que, cumulativamente com os denominados direitos fundamentais do cidadão, veio reconhecer e garantir uma gama de direitos até então não vislumbrados, quais sejam: os direitos sociais e, especialmente, os coletivos, que são aqueles direitos que se manifestam no âmbito da Sociedade Civil, enquanto coletividade.

A evolução na forma de entender o direito de ação, até os dias atuais, foi no sentido de saber na direção de quem se exercita o direito de tutela: se da parte contrária da relação de direito material, nas doutrinas civilistas; se contra o Estado, para os publicistas; ou se contra ambos, para as teorias mistas. O certo, porém, é que o direito de ação que embasa os remédios jurídicos processuais modernos, criados para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é de outra ordem e em nada se confunde com o direito de ação a que se refere o Direito Processual Civil.

A primeira diferença é que não se pode definir este novo direito de ação como um direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Direito subjetivo é, sim, a ação de Direito Processual Civil, posto que pensada e finalisticamente dirigida para a resolução de conflitos de direitos intersubjetivos. A criação de novos remédios jurídicos processuais como a Ação Civil Pública, a Ação Popular, etc., como instrumento a serviço da sociedade, teleologicamente destinada a tutelar interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem no direito de ação um direito que não pode ser subjetivo. O direito de ação é, *in casu*, um direito que tem a sociedade de, através de alguns legitimados definidos pela lei, buscar em juízo a prestação jurisdicional para a tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. E, em sendo deferido à sociedade como um todo, não é um direito subjetivo, mas sim, um direito transindividual. A ação decorre, nestes casos, de um direito não subjetivado.

A verdade é que, com maior ou menor rapidez, com pouco ou muito preconceito, os novos direitos já se firmaram no nosso sistema jurídico, restando aos estudiosos encontrar soluções criativas para os diversos problemas decorrentes da importante novidade.

Uma das questões mais complexas é a da legitimação para agir, em sede de direitos coletivos *lato sensu*. A doutrina tem feito um grande esforço de construção de um novo modelo de legitimação, distinto do Código de Processo Civil, visivelmente inadequado para permitir o atendimento a todos esses novos movimentos vividos pelo direito.

É que a legitimação para a causa foi tradicionalmente comprimida pela processualística clássica, nos limites da coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação, sendo necessária, pois, a criação de um novo sistema processual, capaz de conviver com o do Código, mas também capaz de oferecer respostas aos novos tipos de conflitos.

Não obstante ainda existam outras questões que merecem atenção por parte dos estudiosos sobre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (inversão do ônus da prova, efeitos da coisa julgada etc.), o fato é que a sociedade hodierna não mais sobrevive sem esses novos direitos, que a cada momento ficam mais enraizados não só na consciência de cada cidadão, mas também, principalmente, no âmbito dos órgãos legitimados, haja vista a crescente quantidade de ações civis públicas, de ações populares, de mandados de segurança coletivos etc., que estão sendo ajuizadas em nossos fóruns.