

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO DO ESTADO**

**A TUTELA JUDICIAL DOS “NOVOS” DIREITOS: em busca de uma  
efetividade para os direitos típicos da cidadania**

**Paulo de Tarso Brandão**

**Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique Blasi**

**Florianópolis, dezembro de 2000**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO DO ESTADO**

**A TUTELA JUDICIAL DOS “NOVOS” DIREITOS: em busca de uma  
efetividade para os direitos típicos da cidadania**

**Tese submetida à Universidade Federal de  
Santa Catarina – UFSC, para a obtenção do  
título de Doutor em Direito.**

**Paulo de Tarso Brandão**

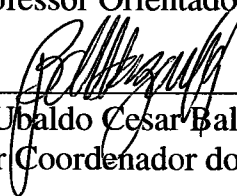
**Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique Blasi**

**Florianópolis, dezembro de 2000**

**Esta tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.**

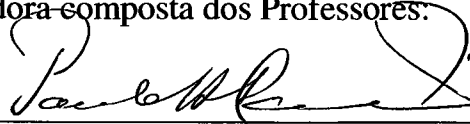


Doutor Paulo Henrique Blasi  
Professor Orientador



Doutor Ubaldo Cesar Balthazar  
Professor Coordenador do Curso

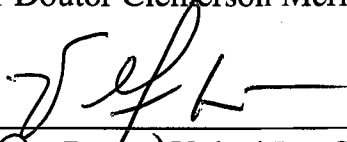
Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:



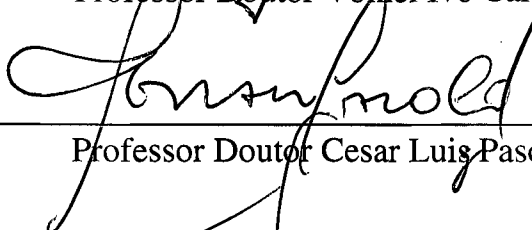
Professor Doutor Paulo Henrique Blasi  
Presidente da Banca

Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite

Professor Doutor Clèmerson Merlin Clève



Professor Doutor Volnei Ivo Carlin



Professor Doutor Cesar Luis Pasold



Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer

**Florianópolis, 8 de dezembro de 2000**

Para Heloisa, Paulo de Tarso e Ricardo Augusto,  
acima de tudo companheiros, por isso merecedores  
da partilha.

Para os meus pais, Clélio e Jaci, como uma forma  
especial de manifestar o meu amor e o meu carinho.

## AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo sempre renovado estímulo e crença, pelo carinho e pela compreensão.

Ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Henrique Blasi, pela tranquilidade e pela liberdade que me conferiu durante toda a pesquisa e todo o desenvolvimento da tese.

Ao Professor Doutor Volnei Ivo Carlin, pela amizade fraterna e pelas lições de academia e de vida.

Ao Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, que sempre esteve disponível para o diálogo, para o aconselhamento e, mais uma vez, contribuiu decisivamente para ampliar os horizontes da pesquisa.

A todos os colegas do Ministério Público, com os quais tenho aprendido muito, ressaltando, em especial, José Galvani Alberton, que foi incentivador e companheiro; Narcísio Geraldino Rodrigues, amigo de todas as horas e que sempre ofereceu apoio de todas as ordens; e Tycho Brahe Fernandes, interlocutor mais próximo e permanente sobre o tema desenvolvido na tese.

Às funcionárias do CPGD/UFSC, que conseguem minimizar as angústias que sempre acompanham todos aqueles que atravessam o momento turbulento da pesquisa e da produção acadêmica.

A todas as bibliotecárias da Procuradoria-Geral de Justiça, e de forma especial à querida e simpática amiga Terezinha Weber, pela ajuda que facilitou de forma considerável a pesquisa.

Ao chegar no momento mais importante da vida acadêmica, não poderia deixar de registrar um agradecimento especial a todos aqueles professores que ajudaram a construir o caminho, fazendo especial referência a alguns que tiveram especial destaque no início da caminhada: Osvaldo Opitz, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento e Gregório Antonio Bonilla.

A todos os amigos que, embora não citados, foram importantes durante todo o trajeto percorrido.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	xi
ABSTRACT.....	xii
RESUMEN .....	xiii
INTRODUÇÃO .....	1
<b>CAPÍTULO I - DAS SOCIEDADES PRÉ-ESTATAIS AO ESTADO MODERNO E DESTE AO ESTADO CONTEMPORÂNEO: EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL .....</b>	<b>11</b>
1 Considerações iniciais.....	11
2 Noções preliminares sobre o Estado.....	14
3 Organizações políticas anteriores ao Estado Moderno .....	16
4 Concepções teóricas sobre o Estado Moderno e suas características .....	20
5 Passagem do Estado Moderno ao Estado Contemporâneo e as concepções sobre a nova realidade.....	34
6 Desenvolvimento histórico da noção de Sociedade Civil.....	43
7 Participação da Sociedade Civil no Estado Contemporâneo.....	45
8 Nação, Soberania, Cidadania e Democracia .....	49
9 Uma nova concepção de Estado: a permanente mutação .....	54
10 Estado e Sociedade Civil na Constituição brasileira .....	63
11 Em síntese .....	70
<b>CAPÍTULO II - “NOVOS” DIREITOS: ORIGEM E CARACTERIZAÇÃO ANALÍTICO-CRÍTICA .....</b>	<b>71</b>
1 Considerações iniciais.....	71
2 O Direito nas Sociedades Políticas anteriores ao Estado Moderno.....	73
3 A concepção individualista e a gênese dos direitos civis, políticos e sociais.....	90
4 A transformação do Estado e da Sociedade Civil e a indução ao aparecimento e reconhecimento de outros direitos .....	103
5 Os chamados “novos” direitos.....	119

CAPÍTULO III - OS CONCEITOS TRADICIONAIS QUE INFORMAM	
A TEORIA DO DIREITO, A TEORIA DO ESTADO E, ESPECIALMENTE,	
O PROCESSO CIVIL NÃO SE PRESTAM AO EMBASAMENTO	
DE UMA TEORIA GERAL DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS .....	132
1 Considerações iniciais.....	132
2 A dicotomia Direito Público <i>versus</i> Direito Privado.....	134
3 Sobre a divisão das funções no exercício do Poder do Estado.....	138
4 Do direito de ação no Processo Civil.....	143
4.1 Principais Teorias .....	145
4.1.1 Teoria Civilista .....	145
4.1.2 Polêmica entre Windscheid e Muther sobre a natureza da ação .....	146
4.1.3 Teoria do Direito Concreto da Ação.....	149
4.1.4 Teoria da Ação como Direito Potestativo.....	151
4.1.5 Teoria do Direito Abstrato de Agir.....	153
4.1.6 Teoria Eclética .....	157
4.1.7 Retorno à Teoria do Direito Abstrato de Agir.....	161
4.2 Do direito de ação no Processo Civil, conforme entendimento da	
doutrina dominante no Brasil .....	167
4.2.1 Conceito e natureza jurídica da Ação .....	167
4.2.2 Elementos da Ação .....	168
4.2.2.1 Partes.....	168
4.2.2.2 Pedido .....	169
4.2.2.3 Causa de pedir.....	170
4.2.2.4 Condições da Ação .....	170
4.2.2.5 Possibilidade jurídica do pedido.....	171
4.2.2.6 Legitimidade .....	171
4.2.2.7 Interesse de agir .....	173
4.2.2.8 Ausência das condições da ação.....	173
4.3 Em síntese .....	173
5 Necessidade de uma teoria geral para as Ações Constitucionais a partir	
de uma leitura do Direito conforme a Constituição, com a finalidade	
de um efetivo acesso à Justiça .....	175



<b>CAPÍTULO IV - DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA DA NECESSIDADE DE UMA TEORIA GERAL PARA AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS DIVERSA DAQUELA QUE INFORMA O PROCESSO CIVIL .....</b>		<b>190</b>
1	Considerações iniciais.....	190
2	Ação Civil Pública.....	193
3	Mandado de Segurança.....	210
4	Mandado de Segurança Coletivo .....	224
5	Habeas Data .....	230
6	Mandado de Injunção.....	237
7	Ação Popular.....	245
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>252</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>		<b>263</b>
1	OBRAS .....	263
2	LEGISLAÇÃO .....	274
3	JURISPRUDÊNCIA.....	274

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFESC à ideologia que o fundamenta ou nele é exposta.

## RESUMO

A pesquisa relatada na presente tese tem como objeto a análise sobre a aplicabilidade das denominadas Ações Constitucionais, ou seja, instrumentos previstos para a defesa de interesses correlacionados com a cidadania. Estas Ações constituem instrumentos típicos do Estado Contemporâneo e se inserem entre os mecanismos pertencentes à Teoria Política e não ao Direito Processual Civil.

Assim, em um primeiro momento, houve a preocupação de se estudarem dois momentos de profunda transformação da Sociedade: o nascimento do Estado Moderno, que floresceu no período conhecido por Renascença, e a passagem deste para o Estado Contemporâneo, no final do século XIX e início do século XX. Essas transformações influíram decisivamente na vida em Sociedade, firmando-se, nesta última forma de Estado, a noção de Sociedade Civil e, em consequência, desenvolvendo-se a noção de Cidadania.

Correlacionadas com os momentos vividos pelo Estado, também grandes foram as transformações sofridas pelo Direito. Tanto em um como em outro daqueles momentos, ocorreram mudanças nas concepções de direitos já existentes, surgiram novas formas de direitos adequados à nova realidade e surgiram, por isso mesmo, outras formas de tutelas para assegurá-los.

Porém, o que se verifica é que, mesmo com as mudanças ocorridas no Estado Contemporâneo e nos direitos que lhes são típicos, conhecidos hoje por “novos” direitos, as tutelas que estes vieram a demandar, que têm como ferramenta as Ações Constitucionais, continuam a obedecer aos paradigmas do Processo Civil, que é instrumento típico do Estado Moderno.

Essa defasagem, decorrente de uma falta de percepção das já enunciadas modificações, tem sido óbice para que as Ações Constitucionais cumpram sua finalidade de garantir a cidadania, conforme fica evidenciado pelos principais aspectos salientados de forma exemplificativa no relato.

É preciso encontrar, então, uma Teoria Geral para as Ações Constitucionais, e no curso desse processo basta uma simples mudança na postura dos operadores jurídicos para que elas atinjam imediatamente uma maior efetividade e celeridade.

## ABSTRACT

The research reported in this thesis has as its object of analysis the so called Constitutional Actions, which are instruments predicted to the defense of those interests correlated to Citizenship. These Actions constitute mechanisms typical of the Contemporary State and belong to the field of Political Theory and not to the one of Civil Process Law.

The first concern in this research was the study of two historical moments of deep changes in Society: the birth of the Modern State, which flourished during the period known as Renaissance, and the passage of this Modern State to the Contemporary one, in the end of the nineteenth century and beginning of the twentieth. This changes influenced life in society in a decisive way, being planted, in this last form of State, the idea of Civil Society and, therefore, being developed the idea of Citizenship.

Correlated to the periods lived by the State, the changes experimented by the Law were also enormous. Be it in one or in another of those moments, the conceptions of existing rights changed; new forms of rights appeared, adequated to the new reality; and, for this reason, new instrumental ways to assure them were needed, among what, in the Judicial field, are included the Constitutional Actions.

Nevertheless, in can be found that even in the Contemporary State a great part of the rights that are originated from it, to the point of being known as “new” rights, the kind of protection that these rights demanded, still follow the paradigms of the Civil Process Law, which is an instrument typical of the Modern State.

This default, which is caused by a lack of perception of the changes already enunciated, has been hindering the Constitutional Actions from fulfilling their goal, which is that of guaranteeing the citizenship, as it is made clear in the report.

It is necessary, then, to build a general theory appropriated to the Constitutional Actions, but during this process of construction it would be already enough a simple change of attitude performed by the Judicial Operators, so that these Actions could immediately reach a greater effectiveness and celerity.

## RESUMEN

La investigación aquí relatada tiene por objeto de análisis las así denominadas Acciones Constitucionales, las cuales son instrumentos previstos para la defensa de los intereses correlacionados con la ciudadanía. Estas Acciones constituyen mecanismos típicos del Estado Contemporáneo y pertenecen al ámbito de la Teoría Política y no al del Derecho Procesal Civil.

En una primera etapa hubo la preocupación de estudiar dos momentos históricos de profunda transformación de la Sociedad: el nacimiento del Estado Moderno, el cual floreció en el período conocido por Renacimiento, y el pasaje de este al Estado Contemporáneo, en el final del siglo XIX y comienzo del siglo XX. Estas transformaciones influyeron decisivamente en la vida en Sociedad, firmándose en esta última forma de Estado la noción de Sociedad Civil y, en consecuencia, desarrollándose la noción de Ciudadanía.

Correlacionadas con los momentos vividos por el Estado, grandes también fueron las transformaciones sufridas por el Derecho. Tanto en uno como en otro de aquellos momentos, ocurrieron cambios en las concepciones de derechos ya existentes; surgieron nuevas formas de derechos adecuados a la nueva realidad; y fueron necesarias, por esa misma razón, otras formas instrumentales para asegurarlos, entre las cuales, en la esfera judicial, se incluyen las Acciones Constitucionales.

Sin embargo, lo que se verifica es que aunque en el Estado Contemporáneo una gran parte de los derechos que a partir de él se desarrollaron, a punto de ser conocidos por “nuevos” derechos; las tutelas que estos vinieron a demandar, las cuales tienen como herramienta las Acciones Constitucionales, continúan obedeciendo a los paradigmas del Proceso Civil, el cual es un instrumento típico del Estado Moderno.

Este desfase, el cual se origina de una falta de percepción de los cambios ya enunciados, ha sido obstáculo a que las Acciones Constitucionales cumplan su finalidad de garantizar la ciudadanía, de acuerdo a lo que queda evidenciado en el relato.

Es necesario construir, entonces, una teoría general propia para las Acciones Constitucionales, pero en el curso de ese proceso de construcción ya sería bastante un sencillo cambio de postura de los Operadores Jurídicos para que ellas alcancen inmediatamente una mayor efectividad y celeridad.

**“Não faz parte das nossas utopias uma sociedade de consenso, e sim pluralista. O consenso é sempre parente do autoritarismo e da injustiça social. Ser livre é ser revolucionário. E alegre.”**

Roberto Freire e Fausto Nilo

**“O Direito é criação do homem em estado de civilização. Fruto da convivência social, e a um tempo o instrumento que a possibilitou, a história do Direito é a história da sociedade. Sem a compreensão do social, e do meio onde tem raízes, faz-se de todo ininteligível o papel do indivíduo e, por consequência, o conteúdo das normas e regras assecuratórias da sobrevivência humana.”**

Roberto Átila Amaral Vieira

## INTRODUÇÃO

A pesquisa relatada na presente tese envolve temas problemáticos, cada um com uma gama enorme de significados. A própria denominação, *A tutela judicial dos “novos” direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*, já indica que é necessário apresentar um recorte específico sobre o que seja tutela judicial, ou sobre quais os instrumentos que a viabilizam, o que são “novos” direitos, qual a forma de efetividade dos direitos e, ainda, qual a concepção de cidadania.

Para o âmbito deste trabalho, quando se trata da tutela judicial dos “novos” direitos e quando esta tutela é dirigida para os direitos da cidadania, considera-se como instrumento próprio para o exercício desse direito de tutela as Ações Constitucionais<sup>1</sup>. Também, desde logo, se esclarece que os direitos da cidadania, como hoje devem ser entendidos, são direitos típicos de uma realidade de Direito e Estado do século XX, e por isso estão inseridos na categoria de “novos” direitos, que não se confundem com outros momentos históricos que se encerraram no final do século XIX. E Cidadania é

---

<sup>1</sup> Para o âmbito deste trabalho estão sendo denominadas Ações Constitucionais a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança, o Mandado de Segurança Coletivo, o “Habeas Data”, o Mandado de Injunção e a Ação Popular, que são tratadas de forma específica no quarto capítulo. Embora sejam também ações de ordem constitucional o “Habeas Corpus” e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o primeiro deixa de ser tratado porque se destina ao âmbito penal e, por isso, está fora dos limites propostos; já a segunda, ainda que encontre problemas idênticos às demais na sua aplicabilidade, tem uma legitimidade que lhe tira muito da característica de ação ligada à cidadania e, além disso, por ser desde a origem tratada como Constitucional, encontra uma percepção diversa por parte dos operadores jurídicos. No entanto, não se pode deixar de observar que as Ações Constitucionais são assim denominadas em razão mais dos interesses a que visam tutelar, ou seja, direitos correlacionados com a cidadania, do que propriamente pela sua previsão no texto da Constituição. De outro lado, é preciso esclarecer, desde logo, que as dificuldades que são apontadas no manejo daquelas ações são meramente exemplificativas e longe estão de serem exaustivas do tema em análise.

entendida como os direitos que decorrem da relação de participação que se estabelece entre o Estado e todos os integrantes da Sociedade Civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva.

Como a intenção é demonstrar que, sob qualquer ponto de vista que se analisem as mudanças das concepções e das realidades do Estado, não se poderia adotar um único referencial teórico, entre os autores fundadores do Estado Moderno, procurou-se eleger aqueles que têm como elemento sintetizador o contrato ou o pacto social. Para o Estado Contemporâneo, com muito mais razão é preciso delimitar o foco, sem reduzi-lo, repita-se, a uma única abordagem, preferindo-se estruturar a descrição a partir das noções instrumentalista e históricas, que foram entendidas como complementares, e não excludentes, para as finalidades propostas.

Mas é preciso ficar muito claro que, ao adotar a concepção acima para Estado Contemporâneo, não se está trabalhando com o aspecto de sua promessa não cumprida e nem se afirma o Estado descrito como sendo aquele que efetivamente vige. Trabalha-se com uma perspectiva política de utilização do discurso produzido para a manutenção do poder político como um instrumento importante de transformação, no sentido de concretizar a operacionalização de todos os instrumentos que estão à disposição da Sociedade Civil.

De outro lado, a opção por tratar os “novos” direitos sob a ótica de sua tutela judicial afasta, sem negar e sem deixar de levar em consideração a importância da doutrina, o denominado Pluralismo Jurídico, posto que este é muito mais abrangente, na medida em que considera todas as instâncias extrajudiciais de resolução dos conflitos sociais.



Reconhecendo nas Ações Constitucionais os instrumentos capazes de tutela dos direitos que são considerados como inerentes à cidadania, afirma-se que elas são instrumentos de defesa de interesses de uma outra ordem de direito que não o da esfera do direito privado. Isto é, defende-se nesta tese a posição conforme a qual as ações constitucionais não podem ser entendidas a partir dos esquemas conceituais do Direito Processual Civil, uma vez que este tem o perfil e a finalidade de defesa de interesses interindividuais.

Assim, os instrumentos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 para a defesa destes “outros” direitos necessitam urgentemente de uma teoria geral própria. É preciso, por exemplo, determinar qual a natureza do exercício do direito de ação e, por consequência, a natureza da legitimidade, da titularidade do objeto, da forma e das consequências do pedido, dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada e da execução.

Entender que as Ações Constitucionais pertencem ao âmbito da Teoria Política<sup>2</sup> e não ao do Processo Civil, além de induzir uma revisão conceitual, o que lhes dá maior amplitude de efetividade, implica uma melhor compreensão sobre questões relativas ao próprio rito processual e, o que dá ao processo um maior dinamismo e o que é mais importante, induz o cumprimento efetivo de sua finalidade, ou seja, a garantia ampla dos direitos decorrentes da cidadania.

As relações sociais, em virtude da transformação iniciada com a Revolução Industrial e acelerada pelo desenvolvimento tecnológico e eletrônico, modificaram-se

---

<sup>2</sup> Teoria Política é usada no trabalho com a acepção que lhe dá Osvaldo Ferreira de Melo: “Estudo crítico do estado e de suas perspectivas. A Teoria Política tenta a explicação do Estado através da reflexão sobre os fenômenos representativos, visando o esclarecimento de sua natureza e funções, preocupando-se com modelos ideais”. (*Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 124).

profundamente, em especial no século XX, e determinaram uma mudança igualmente profunda no interior da Sociedade Política<sup>3</sup>, com um superdimensionamento do Estado Contemporâneo, o que não só alterou a sua concepção e sua organização, como determinou um inter-relacionamento entre ambos até então inexistente no Estado Moderno. Com isso, surgiram direitos que não teriam a possibilidade de operar no ambiente político então existente, hoje normalmente chamados de “novos” direitos. Estes exigiram, para sua efetividade, o surgimento de instrumentos processuais capazes de garantir plenamente seus exercícios.

Apesar de todas as modificações sociais e do Estado e do surgimento de direitos de feição totalmente diversa daquela que informa todas as esferas do direito de cunho individualista, típico do Estado Moderno, os operadores do direito,<sup>4</sup> em sua grande maioria, continuam trabalhando com conceitos adequados a esta última esfera de direito sem levar em conta que estão operando no interior de uma outra realidade.

Necessário se fez estabelecer limite metodológico e teórico ao trabalho.<sup>5</sup> Assim, não são objeto de análise todos os institutos das Ações Constitucionais referidos acima. Foi eleito, de cada uma das principais destas Ações, um instituto em particular, somente com a finalidade de demonstrar a hipótese central da tese.

O método de investigação empregado é predominantemente o método indutivo, e neste diapasão também se faz a abordagem, uma vez que se trata de pesquisa que

---

<sup>3</sup> O termo “Sociedade Política” é utilizado aqui com a mesma acepção de Estado.

<sup>4</sup> Entende-se por “operadores do direito” todos aqueles que, de alguma forma, estão ligados à aplicação ou formação do Direito. Assim, são operadores do direito os magistrados, membros do Ministério Público, advogados, professores, estudantes (em qualquer nível).

<sup>5</sup> Eduardo de Oliveira Leite esclarece que os aspectos metodológicos se encontram entre os componentes dispensáveis, mas afirma que, juntamente com a situação do tema no tempo e no espaço e a importância do tema, “sua presença sempre enriquece a informação”. Ver LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146-147. Aliás, procurou-se aqui seguir as orientações constantes desta obra na elaboração de toda a tese.

opera no campo teórico-interpretativo da realidade. Logo, a partir da análise empírica da realidade, a tese é construída no sentido de auxiliar na discussão e na construção de um referencial teórico capaz de identificar os principais problemas práticos na operação das Ações Constitucionais e propor soluções que possam, pelo menos, garantir a elas uma maior efetividade. Por evidente, a adoção do método indutivo na abordagem não excluiu no desenvolvimento do trabalho o uso do método hipotético-dedutivo, como ocorre, por exemplo, na redefinição de “novos” direitos e de acesso à Justiça, bem como, no último capítulo, há a prescrição no sentido de construção de uma forma prática imediata de utilização das Ações Constitucionais e a proposta de elaboração de uma teoria geral própria para elas.

Sob o ponto de vista do procedimento, a pesquisa é desenvolvida a partir do método histórico e da técnica comparativa. Nos primeiros capítulos do trabalho, desenvolve-se uma análise histórica da evolução do Estado e da Sociedade Civil e a transformação de ambos na mudança do chamado Estado Moderno para o Estado Contemporâneo. Também é histórico o método de procedimentos com relação à análise da formação de parte dos “novos” direitos e, especialmente, na transformação de direitos tradicionais em direitos de uma feição individual mas com forte carga social.

A técnica comparativa possibilitou um confronto ilustrativo entre a tutela dos direitos de ordem tradicional, ou seja, aqueles que estão inseridos no Direito Civil, de cunho individualista, e toda a forma como foi concebida a sua protetividade judicial, no âmbito do Direito Processual Civil, e os chamados **novos direitos** e forma como

devem ser entendidas e manejadas as ações que integram o arcabouço instrumental a que visam suas tutelas.

A técnica de pesquisa adotada no trabalho é, basicamente, a revisão bibliográfica, com análise da prática evidenciada pelas decisões judiciais. Estas, contudo, são colacionadas a título meramente ilustrativo e são limitadas ao período pós-Constituição Brasileira de 1988 e, ainda, somente entre as decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Releva salientar que a pesquisa ora exposta é a continuação de outra procedida por ocasião da conclusão do Curso de Mestrado realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, apresentada na Dissertação intitulada “Ação Civil Pública: um instrumento de defesa da cidadania - da necessidade de (re)pensar sua teoria geral”, publicada posteriormente em forma de livro, com o título “Ação Civil Pública”.<sup>6</sup> Assim, em alguns momentos há coincidência com a forma de abordagem de certos aspectos do trabalho anteriormente desenvolvido.

Várias categorias estratégicas são utilizadas, cujos conceitos operacionais, por opção, são apresentados no corpo do texto, sempre que possível na primeira vez que o termo ou expressão aparece, o que somente não será feito se a oportunidade não se revelar adequada.<sup>7</sup> Entre as principais categorias chama-se a atenção para Estado ou Sociedade Política, Estado Moderno, Estado Contemporâneo, Sociedade Civil, nação,

---

<sup>6</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 149 p.

<sup>7</sup> Utilizam-se aqui as expressões “categoria” e “conceito operacional” no sentido que lhes atribui Cesar Luiz Pasold, que define: “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”; “Conceito operacional (=cop) é uma definição para uma palavra e expressão, como o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”. Ver PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 37 e 51.

soberania, cidadania, democracia, “novos” direitos, direito público, direito privado, funções do Poder do Estado, Processo Civil, ação, acesso à Justiça, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data*, Mandado de Injunção e Ação Popular. É importante ressaltar que, quando a categoria Estado é utilizada sem qualquer outra qualificação, corresponde à noção de Sociedade Política, também algumas vezes usada, sem que ela esteja referida, por desnecessário naquele momento redacional, às acepções Moderno ou Contemporâneo. O mesmo pode ocorrer com a categoria Sociedade, que sempre está sendo utilizada para designar o contexto social anterior à noção de Sociedade Civil.

Partindo de uma análise histórica do Estado e do Direito, o trabalho identifica o principal instrumento do tradicional instituto de tutela de direitos, ou seja, o Processo Civil, típico instrumento de defesa dos direitos individuais. Após, afirma que os conceitos que informam Estado, Direito e Processo Civil não servem para dar efetividade aos direitos típicos da cidadania, para os quais os instrumentos tutelares são as Ações Constitucionais. Por fim, demonstra como, na operação prática de cada um desses instrumentos, isso ocorre e, a título de exemplo, demonstra como eles poderiam funcionar no sentido de garantir esta efetividade simplesmente com uma mudança de postura, sem qualquer necessidade de modificação de ritos processuais ou criação de novos instrumentos.

Para isso, o trabalho está estruturado em quatro capítulos.

O primeiro parte do estudo das Sociedades Pré-Estatais e demonstra a profunda ruptura determinada na passagem destas para o Estado, com a formação do Estado Moderno. Após uma análise das transformações nas relações sociais ocorridas no

curso deste, trata do novo rompimento determinado com a passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo. Acompanhando essas mesmas vicissitudes, demonstra-se a radical mudança no conceito e nas relações ocorridas no interior da Sociedade até a consolidação da Sociedade Civil. Ainda são analisadas as transformações dos conceitos de nação, soberania, cidadania e democracia. Em uma leitura de ordem constitucional, o estudo recai sobre o tratamento dado à Sociedade Civil brasileira pela Constituição da República Federativa do Brasil Constituição da República Federativa do Brasil CRFB/88.

No segundo capítulo é procedido o estudo histórico das transformações sofridas pelo Direito em razão das modificações já identificadas no primeiro, fazendo-se cortes específicos para o exame do Direito na Antigüidade, no período medieval, no Estado Moderno e no Estado Contemporâneo. A parte mais importante, no entanto, está no estudo do conceito de “novos” direitos, entre os quais se inserem os direitos inerentes à cidadania. A importância nessa identificação está em que são exatamente estes direitos que estão a desafiar uma tutela mais apropriada e para os quais se destinam as Ações Constitucionais.

O terceiro capítulo tem a finalidade de demonstrar que os conceitos tradicionais que se destinam à Teoria do Estado e à Teoria do Direito, e especialmente ao instrumento tradicional de tutela dos direitos individuais, são incapazes de dar conta do fenômeno ocasionado pela ocorrência de fatos da vida que determinaram o surgimento e o reconhecimento de direitos que exigem tutela diversa daquela que o Processo Civil tem a possibilidade de amparar. Questões como a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, as separações de funções para o exercício do Poder

do Estado e a teoria da ação no Direito Processual Civil são analisadas de forma crítica.<sup>8</sup> Ainda que pareça um pouco longa a análise feita deste último instituto (teoria da ação), ela se faz necessária porque é preciso afastar o senso comum com que ela é tratada, ou seja, como instrumental para todo e qualquer tipo de ação. Há que se pensar em um novo conceito, inclusive, para o acesso à justiça, o que fica demonstrado e proposto em sua última parte.

O último capítulo relata os resultados de um estudo empírico e demonstrativo de como se têm operado na prática forense as Ações Constitucionais eleitas para exame, utilizando-se para cada uma delas de um instituto que, interpretado pela ótica do Processo Civil, de forma mais expressiva, tem sido o obstáculo para que tais Ações desenvolvam todo o seu potencial de instrumento de participação política do cidadão, na tutela dos direitos para os quais elas se destinam.

Nas conclusões apresenta-se uma síntese específica para cada um dos capítulos, percorrendo a ligação lógica que os une no desenvolvimento do trabalho, e chega-se às seguintes proposições: a) a necessidade urgente de construir-se uma teoria geral para as Ações Constitucionais, diversa do Processo Civil e capaz de dar conta da especificidade de cada um dos instrumentos que compõem o conjunto representado por estas Ações; b) o abandono dos conceitos tradicionais de Teoria do Estado, Teoria do Direito e, especialmente, do Processo Civil, já suficiente para, provisoriamente, oferecer à cidadania um melhor acesso à Justiça através do instrumental conhecido por Ações Constitucionais; e c) como consequência lógica e imediata da conclusão anterior, afirma-se que a grande revolução operada no âmbito do Direito depende

---

<sup>8</sup> Crítica é usada aqui como denotativa da conduta sistemática e constante de verificação sobre se o discurso feito a respeito da realidade, ou de determinado aspecto dela, efetivamente com ela condiz.

muito mais da postura dos operadores jurídicos do que da modificação de ritos processuais ou de criação de novos. Ao final, fica manifesta a esperança de que o trabalho iniciado continue no sentido de que novos estudos possam lançar as bases de uma teoria geral das Ações Constitucionais, colaborando para a construção e sedimentação de um conceito de cidadania coletiva e, com isso, tornando viável uma efetiva participação política do cidadão através deste instrumental.



## CAPÍTULO I

### DAS SOCIEDADES PRÉ-ESTATAIS AO ESTADO MODERNO E DESTE AO ESTADO CONTEMPORÂNEO: EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

#### 1 Considerações iniciais

Como bem observa Antônio Carlos Wolkmer, “As relações entre Estado e Direito têm-se constituído numa das mais relevantes questões teóricas no bojo da Ciência Jurídica positiva”.<sup>9</sup> O mesmo autor afirma que “a percepção do poder está delimitada aos marcos de uma ordenação real harmonizadora de condutas” e conclui, com apoio no pensamento de Campos Batalha, que “o poder estatal reflete a efetividade de uma ordem jurídica positiva, pois a ordem política é um poder jurídico organizado. Dentro destes parâmetros, o poder político ‘é a eficácia de uma ordem coativa que se reconhece como Direito’”.<sup>10</sup>

Nesse sentido, os âmbitos jurídico e político<sup>11</sup> se interpenetram de tal forma que não se pode entender determinados institutos que lhes são comuns, quando eles são estudados sob a ótica somente de um desses ângulos.

---

<sup>9</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 66.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 67.

<sup>11</sup> Âmbito político aqui se refere a espaço da política, e esta deve ser entendida no sentido de ciência que estuda os fenômenos relativos ao Estado.

Também é preciso ter presente que a “evolução da sociedade, portanto, implica a evolução tanto do Direito quanto do órgão encarregado de sua aplicação” (o Estado).<sup>12</sup>

Diante dessa afirmação, e por isso mesmo, para entender qualquer instituto jurídico em sua inteireza, é necessário proceder a uma investigação sobre as razões determinantes de sua instituição e sobre o motivo que levou o Poder Político a enunciá-lo e garanti-lo.

Por vezes, devido à falta de perscrutar essas circunstâncias, o operador do Direito torna-se um autômato incapaz de perceber a modificação do ambiente – determinada, por exemplo, pela mudança da configuração do Estado –, o que faz com que ele ou continue a operar com institutos que já não mais tenham razão para existir ou que já não mais justifiquem a mesma forma de operação, ou, de outro lado, atue de forma a não dar ao instituto a possibilidade de operar com toda a sua potencialidade.<sup>13</sup>

Atualizando para a relação dos institutos jurídicos com o Estado nos dias atuais, é pertinente a seguinte lição de Fustel de Coulanges:

“A história da Grécia e a de Roma é testemunho e exemplo da íntima relação, sempre existente, entre as idéias da inteligência humana e o estado social de cada povo. Observai as instituições dos antigos sem atentar para suas crenças religiosas e julgá-las-eis obscuras, extravagantes, inexplicáveis. Por que patrícios e plebeus, patronos e clientes, nobres e escravos, e de onde provêm as diferenças nativas e indeléveis que encontramos entre estas classes? Que significam para nós as instituições lacedemonianas que hoje parecem contrárias à natureza? Como explicar aquelas singularidades bizarras do antigo direito privado: em Corinto e em Tebas, a proibição de vender suas propriedades; em Atenas e em Roma, desigualdade entre irmão e irmã nos direitos de sucessão? Que entendiam os jurisconsultos por agnação ou por gens? Por que essas revoluções no direito e na política? Que significado teve aquele singular

---

<sup>12</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral. *Introdução ao estudo do Estado e do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 323.

<sup>13</sup> Esta última forma de agir é que, em grande medida, tem orientado o trato das ações constitucionais, como ficará demonstrado ao final da tese.

patriotismo que por vezes apagava todos os sentimentos naturais? Que se entendia por liberdade da qual falavam constantemente? Como compreender que se pudesse fixar e fazer vigorar, e por tanto tempo, instituições que se acham tão afastadas de tudo quanto podemos hoje idealizar? Que princípio superior, imanente, lhes deu tanta autoridade sobre o espírito dos homens?

Mas se ao lado destas instituições e das leis colocarmos as suas crenças, os fatos tornar-se-ão mais claros e sua explicação mais evidente por si mesma. Se, remontando às primeiras idades desta raça, isto é, à época em que este povo fixou suas instituições, observarmos a idéia então concebida da criatura humana, da vida, da morte, da segunda existência, do princípio divino, perceberemos uma íntima relação entre estas opiniões e as antigas regras do direito privado, entre os ritos que se originaram destas crenças e as instituições políticas”.<sup>14</sup>

Então, se é preciso contextualizar os institutos para uma perfeita compreensão sobre as causas que determinaram a sua existência, também é preciso que se renove sempre o olhar crítico para sua operação cotidiana, especialmente quando a realidade das Sociedades<sup>15</sup> contemporâneas muda cada vez mais rapidamente.

Toda e qualquer mutação na concepção ou na realidade do Estado determina, necessariamente, a modificação, transformação, criação ou até extinção de institutos jurídicos. Exatamente porque essa verdade não habita o senso comum da operação jurídica atual é que os denominados “novos direitos”<sup>16</sup>, fruto da atual realidade do Estado e das relações sociais operadas no seu interior, que possuem importantes instrumentos para a sua garantia e realização, não encontram uma perfeita efetividade.

Assim, justifica-se que o trabalho se inicie exatamente pela descrição objetiva e análise da importante transformação sofrida pelo Estado para que se possa ter presente a origem, a razão de ser, o motivo do reconhecimento e o momento em que foi

---

<sup>14</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Gécia e de Roma*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 8.

<sup>15</sup> Para continuar utilizando a expressão de Fustel de Coulanges, usada na citação retro.

<sup>16</sup> Por tratar-se de uma categoria que, além de admitir uma série de conceitos diversos, é objeto específico do capítulo 2 da tese, é naquele que o leitor encontrará a definição adotada pelo autor.

enunciado cada um dos integrantes dessa nova ordem de direitos, para demonstrar a falta da efetividade já denunciada e propor a forma de superação dessa deficiência.

## **2 Noções preliminares sobre o Estado**

A humanidade tem dedicado grande parte de seu pensamento na busca de uma explicação para a origem do Estado. A filosofia, a teologia, a ciência jurídica, a ciência política, a sociologia política e a história têm, conforme seus campos de investigação, se dedicado ao estudo do fenômeno.

O estudo sobre o Estado, nos mais diversos campos, não tem qualquer ponto de pacificidade. Não há acordo nem mesmo quanto ao momento em que se pode considerar como aquele em que se deu o seu nascimento. Isso se justifica até pelo fato de seu nascimento decorrer de um processo e não de um ato localizado no tempo.

No entanto, leciona Dalmo de Abreu Dallari: “A evolução histórica do Estado significa a fixação das formas fundamentais que o Estado tem adotado através dos séculos”.<sup>17</sup> Mesmo tendo presente que diante do fato de o curso dessa evolução não ser uniforme e que é impossível uma disposição cronológica absoluta, em ordem sucessiva, diz Dallari que os autores, para fins didáticos, adotam uma seqüência que contempla as seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.<sup>18</sup> O autor adota essa tipologia e com base nela oferece suas lições.

---

<sup>17</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60.

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*.

Reconhecendo a mesma dificuldade de dispor ordenadamente, numa perspectiva cronológica, as formas fundamentais características da evolução do Estado, mas adotando uma outra tipologia, a investigação que se segue atende a uma finalidade meramente descritiva que será importante para fundamentar a afirmação central da tese. Sem deixar de reconhecer a existência de um embrião político que foi determinante para o enunciado, para o reconhecimento e até para a existência da realidade do que hoje se concebe como Estado, a análise recai fundamentalmente sobre o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo,<sup>19</sup> especialmente na mudança daquele para este e sobre as conseqüências que dela advieram, embora não se possa deixar de fazer uma breve referência às formas de exercício do poder político nos momentos históricos anteriores.

Observa-se que é impossível, na esfera do pensamento político, delimitar e definir claramente o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo, como se faz, por acordo, quando se trata do ponto de vista da ordem constitucional. Da mesma forma, necessário se faz o mesmo tipo de acordo para que se possa tratar das realidades anteriores ao Estado Moderno, ou seja, daqueles momentos que a tipologia adotada por Dalmo de Abreu Dallari, vista acima, identifica como Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano e Estado Medieval.

Assim, a análise que se segue obedece a duas ordens de enfoque e se mostra mais útil para o caso e mais enfática do que relatar as realidades vivenciadas em cada uma das organizações políticas pré-estatais ou no interior do Estado Moderno e do Contemporâneo: a) no caso das primeiras, por se tratar de mera referência histórica,

---

<sup>19</sup> Os conceitos operacionais de Estado Moderno e Estado Contemporâneo estão presentes nos itens 4 e 5, a seguir, no texto principal.

limita-se a descrever pesquisas que cumprem a função de historicidade,<sup>20</sup> b) quando se tratar dos tipos de Estado propriamente ditos, o fio condutor será o pensamento político fomentado no interior de cada um deles, posto que eles não só representam a constatação da realidade vivenciada naquele momento histórico, como, também, servem para ajudar a entender o fenômeno do poder político e, em grande medida, foram referências para que tais concepções viessem a influenciar na organização política de outros povos e, sem dúvida, ainda influenciam o pensamento político dos dias atuais. Relevante observar que seria impossível (e, para a tese, dispensável) esgotar-se a investigação sobre o pensamento de todos os teóricos do Estado e as diversas concepções, o que faz com que a opção pelos autores tratados seja determinada pela maior ênfase no trato da relação que se pretende demonstrar.

### **3 Organizações políticas anteriores ao Estado Moderno**

Embora autores como Hermann Heller afirmem ser desnecessária qualquer investigação sobre os momentos anteriores ao Estado na sua conformação atual para compreender essa realidade, chegando, inclusive, a sugerir que essa prática seja evitada, uma vez que todas as tentativas nesse sentido acabaram desatendendo à finalidade principal do estudo do Estado, pois se perde “a consciência histórica de que o Estado, como nome e como realidade, é algo, do ponto de vista histórico, absolutamente peculiar e que, nesta sua moderna individualidade, não pode ser trasladado aos tempos passados”<sup>21</sup>, parece que, não como estudo sistemático e sem querer inseri-las na tipologia do Estado, é importante lançar uma rápida mirada sobre

---

<sup>20</sup> Observe-se que não se trata de historiografia.

<sup>21</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 157.

as organizações políticas que são consideradas o embrião do pensamento político moderno, as cidades gregas e romanas, e fazer uma breve referência a como elas estiveram estruturadas no período medieval, até mesmo para entender-se a razão da negativa de confundi-las com aquele.

A preferência pelo nome “organizações políticas” para as realidades anteriores ao Estado Contemporâneo – ainda que alguns importantes pensadores utilizem o termo “Estado” para denotá-las – decorre da opção por utilizar o termo “Estado” para o ente político que teve o seu florescimento a partir do século XIV e que se afirmou definitivamente no curso do século XV no continente europeu, seguindo a cronologia adotada por uma expressiva corrente do pensamento político.<sup>22</sup>

François Châtelet considera as Cidades Gregas e o Império Romano, juntamente com “os textos sagrados do povo judaico e sua reativação pela cristandade e pelo Islã”, as fontes do pensamento político moderno e ressalta a importância que tiveram como “gênese do pensamento político”,<sup>23</sup> mas, claramente, não insere estas realidades na classificação ou tipologia do Estado.

As Cidades Gregas e o Império Romano podem, para essa finalidade, ser analisados em conjunto, posto que, esclarece Fustel de Coulanges, “estes dois povos, ramos de uma mesma raça e falando idiomas originários da mesma língua, tiveram da mesma forma uma base de instituições comuns, ambos atravessando uma série de revoluções idênticas”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Ver para tanto HELLER, Hermann; PASOLD, Cesar; BOBBIO, Norberto; CHÂTELET, François, nas obras citadas no texto.

<sup>23</sup> CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 13-36.

<sup>24</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis, op. cit., p. 7.

Após uma apurada análise sobre as concepções políticas e o estado social das cidades da Grécia e de Roma, Fustel de Coulanges apresenta uma perfeita síntese que demonstra, de forma cristalina, a razão de não confundi-las com o Estado tal como concebido a partir do século XV:

“Do estudo antecedente, vimos como se constituiu o regime municipal entre os antigos. Uma religião muito antiga instituía primeiramente a família, depois fundara a cidade; estabelecera primeiro o direito doméstico e o governo da **gens**, em seguida as leis civis e o governo municipal. O Estado estava estreitamente ligado à religião. Dela nascera e com ela se confundia. Por isso, na cidade primitiva todas as instituições políticas haviam sido instituições religiosas; as festas eram cerimônias do culto; as leis, fórmulas sagradas; e os reis e magistrados tinham sido sacerdotes. Pelo mesmo motivo ainda, a liberdade individual fora ali desconhecida e o homem era incapaz de libertar a sua própria consciência da onipotência da cidade. Pela mesma causa, enfim, o Estado mantivera-se dentro dos limites da cidade, jamais podendo transpor a linha traçada pelos seus deuses nacionais quando da fundação. Cada cidade tinha não apenas sua independência política, como também seu culto e seu código. A religião, o direito, o governo, tudo era municipal. A cidade era a única força viva, nada lhe era superior ou inferior: nem unidade nacional, nem a liberdade individual”.<sup>25</sup>

As cidades da Grécia, portanto, fundadas e mantidas por meio da força religiosa, onipotentes e absolutas, exerciam tal poder sobre seus membros a ponto de ser perfeitamente possível a afirmação de que estes não conheceram a liberdade individual. A liberdade individual é uma das principais características do Estado, posto que, qualquer que seja a concepção que pretenda definir a sua razão de ser, o fundamento principal é que ele teve como finalidade primeira a garantia dessa esfera da liberdade, como ficará demonstrado com a análise que se segue a partir do próximo item. Importa frisar que também são notas da diferença apontada a formação das cidades e a forma e a razão do exercício do poder político.

---

<sup>25</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis, op. cit., p. 279. Ver, no mesmo sentido, HELLER, Hermann, op. cit., p. 159.



Contrariamente à classificação já noticiada, que contempla o denominado Estado Medieval na tipologia do Estado, Hermann Heller observa que a própria nomenclatura “é mais que duvidosa” e afirma que “durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”.<sup>26</sup>

Durante o período da Idade Média o poder político divide-se, fraciona-se em diversas instâncias, tais como a Igreja, os senhores feudais, os cavaleiros, as cidades, entre outras. Decorre desta circunstância o fato de que os reinos e territórios de então eram, tanto do ponto de vista interior quanto exterior, *locus* de poderes descontínuos e, na maioria das vezes, excepcionais, uma vez que cada uma dessas instâncias de poder estabeleciam limitações entre si. Mesmo quando as organizações estamentais conseguiram superar tal desagregação do poder, esta superação teve como única finalidade opor-se “ao príncipe como inimigo mais temível”.<sup>27</sup>

A necessidade de oposição ao príncipe determina o avanço do pluralismo de instância de poderes para um dualismo que vai terminar gerando uma disputa mais acirrada entre o príncipe e os estamentos, mas também entre os senhores proprietários entre si, o que leva autorizados pensadores a afirmar que em alguns desses períodos nem mesmo chegou a haver um verdadeiro poder político.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> HELLER, Hermann, op. cit., p. 158.

<sup>27</sup> Idem, ibidem, p. 160

<sup>28</sup> Ver HELLER, Herman, op. cit., p. 158-161. Optou-se por utilizar o termo “poder político” em vez de “poder estatal” para manter a lógica da opção no que se refere à tipologia do Estado.

Decorre dessas mesmas circunstâncias a constatação de que “Nos tempos medievais foi também desconhecida a idéia de uma pluralidade de Estados soberanos coexistindo com uma igual consideração jurídica”.<sup>29</sup>

#### **4 Concepções teóricas sobre o Estado Moderno e suas características**

Uma compreensão científica do que seja o denominado Estado Moderno, implica, necessariamente, considerar-se que o termo “Estado” não é um conceito universal e depende sempre de atribuição de sentido por parte daquele que se serve da expressão indicando qual fato do mundo fenomênico ela está denotando. No limite deste trabalho, Estado Moderno, conforme definição aceita por importante corrente doutrinária, indica e descreve a forma de ordenamento político que floresceu na Europa no século XIV, no período que ficou conhecido como Renascença e que teve vigência até o século XIX.<sup>30</sup> Não há como desconhecer que ainda no século XI, na Inglaterra, e no século XIII, na Sicília, algumas formas de organização política já estavam estruturadas na forma que seria característica do Estado Moderno, mas a sedimentação do que viria a ser a ordem política que ora é analisada somente se deu posteriormente, surgindo nas cidades-repúblicas da Itália setentrional, e, após, se irradiou para o chamado “mundo civilizado” de então.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> HELLER, Herman, op. cit., p. 159.

<sup>30</sup> Ver BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. Carmem C. Varrialle et al. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 425.

<sup>31</sup> Ver BOBBIO, Norberto et al., p. 425; HELLER, Hermann, op. cit., p. 168; CHÂTELET, François et al., op. cit., p. 37.

François Châtelet arrola as seguintes transformações como aquelas que abalaram as sociedades da Europa Ocidental, que caracterizaram o renascimento e que, em consequência, foram determinantes para que vicejasse o Estado Moderno:

- a. as realidades históricas e econômicas (extensão e aplicação prática das descobertas feitas durante a Idade Média; desenvolvimento da civilização urbana, comercial e manufatureira);
- b. imagem do mundo (descoberta do Novo Mundo; revolução astronômica de Copérnico e Kepler e física de Galileu);
- c. a representação da natureza (o universal medieval dos signos é substituído por uma realidade espacial a conquistar e explorar);
- d. a cultura (a redescoberta da Antiguidade greco-romana pelo humanistas suscita um maior interesse pelo homem enquanto dado natural e pelas especulações ético-políticas);
- e. o pensamento religioso (a radicalização da contestação do poder e da hierarquia de Roma esboçada no século XIV por J. Hus, na Boêmia, e Wycliff, na Inglaterra, pelos movimentos que reivindicam o cristianismo primitivo e se apóiam em especificidades “nacionais”).<sup>32</sup>

É possível afirmar, com lastro em expressiva e majoritária opinião daqueles que se dedicam ao estudo do Estado, que Maquiavel foi o primeiro teórico a compreender o fenômeno que então começava a manifestar-se na Itália e, mais especificamente, na sua Florença. Muito mais do que somente utilizar pela primeira vez o termo “Estado” (“Stato” ou “lo Stato”), o que fez analisando a sua origem, que se encontra “nas cidades-repúblicas da Itália”,<sup>33</sup> foi importante ter dado ao termo a significação de “*poder central soberano* legiferante e capaz de decidir, sem compartilhar este poder com ninguém, sobre as questões tanto exteriores quanto internas de uma coletividade, ou seja, de poder que realiza a laicização da *plenitudo potestatis*.”<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 37.

<sup>33</sup> HELLER, Hermann, op. cit., p. 161.

<sup>34</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 38.

Ainda que alguns estudiosos afirmem que Maquiavel teve apenas a aptidão para criar a ciência política, mas não teve êxito por lhe faltarem indispensáveis materiais históricos,<sup>35</sup> mais correto parece ser a opinião de que Maquiavel foi o fundador da ciência política, não por ter elaborado uma teoria do Estado Moderno, mas principalmente por ter teorizado sobre como se formam os Estados.<sup>36</sup>

Em *O Príncipe*, Maquiavel dedica-se a enunciar, dentre os diversos tipos de principado, as distintas maneiras de adquirir o poder e as formas de mantê-lo.

Duas notas de extrema importância advieram da obra de Maquiavel. Em primeiro lugar, a palavra “Estado” foi utilizada para designar uma realidade realmente nova em seu tempo, posto que as organizações políticas das épocas anteriores, caracterizadas pelo pluralismo de instâncias de poder, haviam mudado definitivamente na Itália renascentista e, ao contrário do caráter impreciso no que se refere ao território e do poder descontínuo, haviam se transformado “em unidades de poder contínuas e fortemente organizadas, com um só exército que era, além disso, permanente, uma única e competente hierarquia de funcionários e uma ordem jurídica unitária, impondo ainda aos súditos o dever de obediência com caráter geral”.<sup>37</sup> De outro lado, introduziu uma ruptura decisiva contra as teorias da sociabilidade natural, contra os ensinamentos da Revelação e os da teologia. Com isso, “A política como propriedade natural do

---

<sup>35</sup> MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas políticas desde a Antiguidade*. Completada por Gaston Bouthoul. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975, p. 16.

<sup>36</sup> GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. Trad. Dario Canali. 11. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986, p. 10; e VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 20.

<sup>37</sup> HELLER, Hermann, op. cit., p. 162.

homem ou como ordem imposta ao mundo cá de baixo é substituída pela política como atividade constitutiva da existência coletiva”.<sup>38</sup>

Importante é a identificação que Maquiavel faz entre Estado e Poder. No início de sua principal obra, enuncia o seguinte: “Todos os Estados, todos os domínios [poder] que tiveram e têm império sobre os homens, foram ou são repúblicas ou principados”.<sup>39</sup> Em outro lugar, recomenda que “o príncipe ou a república que desde o início não pôde afirmar perfeitamente o seu poder, deve aproveitar a primeira oportunidade para fazê-lo”.<sup>40</sup> Aqui está lançada, também, a idéia de soberania, como a autonomia do Estado, de forma que sua autoridade não depende de qualquer outra.

Interessante a seguinte síntese apresentada por François Châtelet:

“A significação de *O Príncipe* é de outra amplitude [ao contrário de mera apologia de imoralidade no exercício do poder que freqüentemente se atribui a Maquiavel]: trata-se, antes de mais nada, de mostrar que – se se quer o poder – é preciso querer a onipotência; que essa exige não apenas um ato de fundação absoluta, mas também uma resolução que não admite nem fraquezas nem compromissos; que as considerações morais e religiosas devem ser afastadas do cálculo através do qual se estabelece ou se mantém o Estado; que as coisas são assim ainda em maior medida porque o Príncipe é o senhor da legislação, porque define o Bem e o Mal públicos e, por conseguinte, no que se refere às questões públicas, nem ele nem os cidadãos devem se valer dos ‘mandamentos’ da Igreja ou da tradição moral; que, nessas mesmas questões, a recusa da violência é uma tolice e que, de resto, cabe distinguir a violência ‘que conserta’ daquela ‘que destrói’”.<sup>41</sup>

Essa afirmação tem fundamental importância, na medida em que fica claro na obra de Maquiavel que o Estado que ele via e enunciava – o Estado Moderno em seu nascimento – não tinha qualquer identificação com o povo (com a Sociedade), uma

---

<sup>38</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 38.

<sup>39</sup> MAQUIAVEL, Niccolò. *O Príncipe*. Trad. Antonio D’Elia. São Paulo: Cultrix, 1976, p. 37.

<sup>40</sup> Idem. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 71.

<sup>41</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 39.

vez que o Principado ou a República são frutos da força de conquista ou da necessidade de segurança de cada indivíduo.<sup>42</sup> A nota primordial do Estado, portanto, naquele momento, era a dominação sobre os homens.

Jean Bodin escreveu, em 1576, a obra denominada *Os Seis Livros da República*, na qual lança os fundamentos teóricos da irresponsabilidade política, que é, na verdade, a fundamentação do Estado absoluto. Um dos objetivos principais de Bodin era exatamente refutar Maquiavel<sup>43</sup> – o que confere grande importância à obra deste último, na medida em que se iniciava um importante debate teórico sobre o Estado.

Para Bodin, o Estado é um governo embasado nas leis da natureza, e o soberano está subordinado somente a essas leis, mas é o próprio soberano que decide sobre o que deve ser aceito como lei superior.<sup>44</sup> No entanto, o soberano não está subordinado às leis de seu antecessor nem às próprias leis, até porque ele não pode estar sujeito a qualquer julgamento, sob pena de destruição da soberania, que é, para ele, a base da estrutura do Estado.<sup>45</sup> Nesse sentido, afirma: “Toda república, toda corporação, todo colégio e toda família se governa por mando e obediência, uma vez que a liberdade natural que corresponde a cada um para viver ao seu arbítrio é posta sob o poder de outro”,<sup>46</sup> esclarecendo, mais adiante, que “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república [...]”.<sup>47</sup> Como lembra Châtelet: “ele não faz concessões no que lhe

---

<sup>42</sup> MAQUIAVEL, Nicolo. *Comentários...*, p. 19-20.

<sup>43</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 46.

<sup>44</sup> BODIN, Jean. *Los Seis Libros de La Republica*. Trad. Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973, p. 53.

<sup>45</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 28.

<sup>46</sup> BODIN, Jean, op. cit., p. 22. Tradução livre do texto: “Toda república, toda corporación, todo colegio y toda familia se gobierna por mando y obediencia, una vez que la libertad natural que corresponde a cada uno para vivir a su arbitrio es puesta bajo el poder de otro”.

<sup>47</sup> BODIN, Jean, op. cit., p. 46.

parece ser essencial: a absoluta soberania do Estado, princípio necessário e transcendente da sociedade enquanto República”.<sup>48</sup>

O termo “soberania” em Bodin deve ser tomado, de forma rigorosa, na seguinte acepção:

“[...] a potência soberana do Estado é *absoluta*: ela comanda e não recebe nenhum comando; não depende de nada nem de ninguém: nem de Deus, nem da Natureza, nem do Povo; não exige nenhum fundamento: é auto-suficiente, é *indivisível*, no sentido de que é por essência una e, se for delegada, está integralmente em cada delegação; é *perpétua*: não poderia sofrer as vicissitudes do tempo e, por essa razão, é transcendente. Em suma, ela é: tal como, segundo os teólogos, Deus é”.<sup>49</sup>

Para Bodin, portanto, o Estado é constituído essencialmente de poder, sendo povo e território seus elementos secundários.<sup>50</sup>

Essas duas concepções de Estado, de Maquiavel e de Bodin, deixaram, no entanto, especialmente a deste último, sem esclarecer qual o fundamento da auto-suficiência do poder ou da Soberania. Surgem, então, numa seqüência que se pode ter por evolutiva, no sentido de complementar essa deficiência, as teorias que fundam o Estado em um contrato, pelos mais diversos motivos e por formas diferentes de pacto, mas os autores que as seguem têm em comum a fundamentação contratualista.

Para Thomas Hobbes, o homem no estado de natureza – fora do Estado, organização política – vive em guerra permanente contra os demais. Assim, a condição humana, antes do Estado, é a guerra, a luta, a disputa entre todos.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 48.

<sup>49</sup> Idem, ibidem, p. 47.

<sup>50</sup> BODIN, Jean, op. cit., p. 19-20. Ver GRUPPI, Luciano, op. cit., p. 12.

<sup>51</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 75-77.

Nessas condições, o homem, com medo da morte, criou a organização política (Estado), que é a concentração de todo o poder e de toda a força capaz de submeter todas as vontades e todas as forças dos indivíduos. O Estado, portanto, deve ser absoluto – de poder absoluto.

“O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. Porque as leis de natureza (como a *justiça*, a *equidade*, a *modéstia*, a  *piedade*, ou, em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém”.<sup>52</sup>

Mais que isso, a essência do Estado é essa relação de dominação do Leviatã (poder supremo) sobre todos os firmatários do pacto que instituiu o Estado.<sup>53</sup>

Como bem observa João dos Passos Martins Neto, “Hobbes não pretendeu considerar o *contrato* como um fato realmente ocorrido, um episódio da experiência inicial dos povos que vivem em ordenamentos políticos, ou um evento integrante do processo de formação dos milhares de Estados que dividem o espaço planetário”. Para Hobbes, “os homens estão predestinados a *voluntariamente* renunciar ao seu direito natural de agir como a cada um melhor aprouver e a transferir esse direito de governarem a si próprios a uma única autoridade que então a todos governará em

---

<sup>52</sup> HOBBS, Thomas, op. cit., p. 103.

<sup>53</sup> Idem, ibidem, p. 105-106.



caráter permanente, podendo dispor de todo o poder que seja necessário para dirigir-lhes ações no sentido da paz e do benefício comum”.<sup>54</sup>

Tendo presente essa observação, pode-se concluir que o fundamento do Estado, portanto, para Hobbes, reside na restrição que o homem impõe a si mesmo para transferir a sua *potência* para o Poder Político, autoridade pública, que constitui a Soberania, una, indivisível e ilimitada, na medida em que o contrato não gera para este qualquer outra obrigação que não aquela de assegurar a tranqüilidade e o bem-estar dos contratantes. Para o âmbito da sustentação que importa na lógica do trabalho, é preciso atentar que todo o poder que é exercido pela figura lendária, usada simbolicamente, do Leviatã gera a seguinte situação: se for verdade que a organização política (o Estado, o Leviatã) detém o direito de editar as regras, deve, na contrapartida deste direito, fazer com que essas mesmas regras estabeleçam limites tais que cada súdito saiba o que lhe pertence, de modo que nenhum súdito possa tirar o que é de outro sem cometer injustiça.<sup>55</sup> Nesse sentido, o homem se volta para sua individualidade, agora sob o manto e proteção do detentor de todo o poder.

John Locke é o primeiro teórico do contratualismo liberal e tem como ponto de partida conceitos já anteriormente enunciados, como o de estado de natureza e contrato social, mas dissente dos absolutistas ao afirmar que o homem é naturalmente sociável – resgata o pensamento de Aristóteles – e o estado de natureza é o regime de total liberdade e igualdade. Nessa condição, os homens estavam limitados somente pela lei natural, que determina a sobrevivência do homem e do grupo. Para ele, o estado de

---

<sup>54</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes*. Florianópolis: OAB/SC, 1999, p. 92-93.

<sup>55</sup> CHATELET, François, op. cit., p. 52.

natureza já era o estado de sociedade.<sup>56</sup> Observa-se a seguinte passagem que expressa seu pensamento:

“Contudo, embora seja um Estado de liberdade, não o é de licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado liberdade incontável de dispor da própria pessoa e posses, não tem a de destruir a si mesmo ou a qualquer criatura que esteja em sua posse, senão quando uso mais nobre do que a simples conservação o exija. O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses”.<sup>57</sup>

O homem, vivendo o estado de liberdade, não tinha, contudo, a possibilidade de garantir a propriedade, fim principal das associações. Com isso, o indivíduo resolve abrir mão da liberdade absoluta, a fim de criar a organização política, para que esta possa lhe garantir o exercício da propriedade e da liberdade que dela deriva.<sup>58</sup>

“O homem, nascendo, conforme provamos, com direito a perfeita liberdade e gozo incontado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, por igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo, tem por natureza, o poder não só de preservar a sua propriedade - isto é, a vida, a liberdade e os bens - contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e castigar as infrações dessa lei por outros conforme estiver persuadido da gravidade da ofensa, mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror do fato o exija, conforme sua opinião. Contudo, como qualquer sociedade política não pode existir nem subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade e, para isso, castigar as ofensas de todos os membros dessa sociedade, haverá sociedade política somente quando cada um dos membros renunciar ao próprio poder natural, passando-o às mãos da comunidade em todos os casos que não lhe impeçam de recorrer à proteção das leis por ela estabelecida”.<sup>59</sup>

A organização política a que ficam subordinados os indivíduos é o Estado.

---

<sup>56</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 215.

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*, p. 218.

<sup>58</sup> Idem, *ibidem*, p. 249.

<sup>59</sup> Idem, *ibidem*.

É bem verdade que em Locke o Estado encontra a sua legitimidade na vontade dos indivíduos. O povo não transfere a soberania para o monarca ou para o Estado, mas mantém-se como o centro da legitimidade, podendo, por isso, revogar ou modificar o pacto a qualquer momento. Como lembra François Châtelet, para Locke,

“o princípio-Estado é necessário [...], mas é uma forma vazia. Os cidadãos-proprietários decidem sobre a natureza do corpo legislativo e do governo e sobre quais são os que, dentre eles, merecem a confiança para realizar suas tarefas. Portanto, é deles que depende o regime, que durará enquanto servir ao bem público. Se o Estado fracassasse em sua missão e contrariasse os direitos naturais, seria um dever dos cidadãos desencadear a ‘insurreição sagrada’ e formar governos decididos a fazer do Estado um poder ao serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo”.<sup>60</sup>

No entanto, enquanto legitimado pela vontade popular, o Estado é o ente que regula os atos humanos e possui uma autoridade com força para impor essas regras de conduta, com a finalidade de conservar e regular a propriedade, defender a república contra os inimigos externos e assegurar o bem público interno.<sup>61</sup>

Desde Maquiavel até Locke, seguindo a ordem adotada, o que se verifica é que é predominante entre os autores o reconhecimento de que o Estado constitui a instância pela qual “podem ser reduzidos, ou mesmo eliminados, os conflitos que opõem os indivíduos (ou grupos) entre si, e, portanto, que assegura a paz civil e regulamenta do melhor modo possível os antagonismos entre os reinos”.<sup>62</sup> No entanto, por evidente mudança ocorrida anteriormente, em especial pela realidade das sociedades políticas do final do século XVI, em virtude da transformação da sociedade (civil)<sup>63</sup>, esta começa a ser considerada em suas relações com o Estado, fruto de um

---

<sup>60</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 59-60.

<sup>61</sup> LOCKE, John, op. cit., p. 275.

<sup>62</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 61.

<sup>63</sup> Então ainda não percebida e não enunciada pela doutrina.

dinamismo próprio que ela adquire “em função das transformações dos aparelhamentos materiais e ideais e das mentalidades”.<sup>64</sup> A partir especialmente do século XVIII, as sociedades passam a ser objeto de reflexão das teorias que se ocupam da política e vão se constituir no tema principal do pensamento político do século XIX. Em Montesquieu e Rousseau já se nota claramente a presença da sociedade no centro do raciocínio político. Essa circunstância, pouco tempo mais tarde, vai influenciar decisivamente na mudança radical na concepção e na própria realidade do Estado.

Montesquieu não se afasta da noção de contratualismo de Locke, mas afirma que o indivíduo, antes do Estado, não teria outro sentimento que o da consciência de sua fraqueza. Os homens eram iguais no medo. A esse sentimento de fraqueza o homem acresce o sentimento de suas necessidades. De outro lado, diante da necessidade de se sustentar, de se manter e de se conservar, o homem foi levado a se aproximar dos outros. O próprio temor vai contribuir para essa aproximação. Mais do que essas circunstâncias, o fato de o homem possuir capacidade de conhecer gera o desejo de viver em Sociedade.<sup>65</sup> Essas leis naturais levam-no a construir o pacto social.

Estabelecido o pacto social, no momento posterior, a vida em Sociedade tenderia à desagregação, surgindo, daí, a necessidade de imposição de uma ordem política e de um direito positivo destinado a evitá-la. Isso ocorre porque, “logo que os homens estão em sociedade, perdem o sentimento de suas fraquezas; a igualdade que existia entre eles desaparece, e o estado de guerra começa”.<sup>66</sup> As sociedades entre si também sentem as suas forças e entram em estado de guerra. A única forma de

---

<sup>64</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 61.

<sup>65</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p. 31-32. (Vol. 1).

<sup>66</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 32.

superação dessa tendência à dispersão é o estabelecimento de leis, de caráter cogente e impostas pelo Estado.

“Cada sociedade particular passa a sentir sua força; isso gera um estado de guerra de nação para nação. Os indivíduos, em cada sociedade, começam a sentir sua força: procuram reverter em seu favor as principais vantagens da sociedade; isso cria, entre eles, um estado de guerra.

Essas duas espécies de estado de guerra acarretam o estabelecimento de leis entre os homens. Considerados como habitantes de um planêta tão grande, a ponto de ser necessária a existência de diferentes povos, existem leis nas relações que êsses povos mantêm entre si; é o DIREITO DAS GENTES. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, possuem leis nas relações entre os que governam e os que são governados; e é o DIREITO POLÍTICO. Possuem-nas ainda nas relações que todos os cidadãos mantêm entre si: é o DIREITO CIVIL”.<sup>67</sup>

Assim, o pacto social é a união dos indivíduos, a ordem política – o Estado – é a forma de conter a conduta desagregadora desses mesmos indivíduos, e a separação dos poderes é a forma de conter o “absolutismo” do Estado. Nota-se, então, que já em Montesquieu, a razão de ser da Sociedade Política<sup>68</sup> é evitar a desagregação da Sociedade.

A obra de Jean-Jacques Rousseau, segundo François Châtelet, encontrou uma multiplicidade de interpretações contraditórias. No ponto que interessa ao âmbito da análise que se procede no presente momento, a contradição mais importante diz respeito ao fato de Rousseau ser “um individualista empenhado em construir os fundamentos do coletivismo totalitário”.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 32-33.

<sup>68</sup> Salvo os momentos em que o termo Sociedade Política integre a citação de algum autor – em que pode estar sendo usada em outra acepção – e no caso da utilização no plural para definir as organizações políticas anteriores ao Estado –, o que fica claro no contexto, ele sempre será utilizado com a mesma acepção de Estado.

<sup>69</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 70-71.

Em Rousseau, encontra-se mais uma vez a noção de estado de natureza, mas neste o homem é dotado de livre arbítrio e vive de acordo com suas necessidades inatas.<sup>70</sup>

O instinto de autopreservação é limitado pelo sentimento de piedade que impede o homem de ser perverso.<sup>71</sup> O homem neste estágio vive a idade de ouro. Mas, observa François Châtelet, Rousseau não propõe nenhuma volta a este Estado, ainda que ele possa representar o paraíso, pois o que é preciso é “encontrar os princípios de direito político de uma comunidade verdadeira, na qual a tensão entre o individual e o coletivo resolva-se na equação entre o poder e a liberdade”.<sup>72</sup> Com o surgimento da propriedade privada, o estado de natureza vai ser destruído, passando os homens a viver em competições.<sup>73</sup>

Diante do desequilíbrio gerado com a destruição do estado de natureza, o homem, pretendendo preservar os pressupostos de liberdade, organiza-se politicamente – através da convenção –, inventa a soberania e submete-se ao poder político.<sup>74</sup>

Para Rousseau, o contrato social é o fundamento de toda a autoridade legítima existente entre os homens. Assim, o pacto é o poder coletivo de obrigar a um indivíduo que venha a se opor à vontade geral. A vontade geral é que dirige as forças do Estado para a realização de seus fins. Entre esses fins está o bem comum, ou seja, a defesa dos bens e das pessoas dos associados.

---

<sup>70</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 238.

<sup>71</sup> Idem, *ibidem*, p. 254.

<sup>72</sup> CHÂTELET, François, *op. cit.*, p. 73.

<sup>73</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso...*, p. 264-265.

<sup>74</sup> Idem, *ibidem*, p. 266 a 270. Ver VIEIRA, Roberto Átila Amaral, *op. cit.*, p. 48.

A vontade geral não se confunde com a vontade de todos, uma vez que ela pode não ser unânime, mas é necessário que todas as vontades sejam consideradas. Pode-se dizer que, para ele, a vontade geral é a vontade da maioria.<sup>75</sup>

Do pacto nasce o Estado: “Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de **cidade** e, hoje, o de **república** ou de **corpo político**, o qual é chamado por seus membros de **Estado** quando passivo, **soberano**, quando ativo, e **potência**, comparando-o com seus semelhantes”.<sup>76</sup>

Sobre os participantes do pacto, diz o autor: “Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de **povo**, e se chamam, em particular, **cidadãos**, enquanto partícipes da autoridade soberana, e **súditos** enquanto submetidos às leis do Estado”.<sup>77</sup>

É em Hegel que a noção de Sociedade Civil começa a ser compreendida como integrante da própria noção de Estado, ainda que ele faça uma inversão, ao entender o Estado como fundamento daquela, afirmando que o Estado seria a vontade absoluta, o espírito objetivo, ou o espírito divino.

A seguinte passagem deixa clara a oposição entre Sociedade Civil e o Estado político, para colocar o Estado como fundamento da Sociedade Civil e da família.

“Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais é o fim supremo para que se reúnem, do que resulta ser facultativo ser membro do Estado. Ora é muito diferente a sua relação com o indivíduo. Se o Estado é espírito objectivo, então, só como seu membro é que o indivíduo tem objectividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida colectiva; quaisquer outras

---

<sup>75</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: (ou Princípios de Direito Político)*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 32-34.

<sup>76</sup> Idem, ibidem, p. 33. Os grifos estão todos no original.

<sup>77</sup> Idem, ibidem, p. 33-34. Os grifos estão no original.

satisfações, actividades e modalidades de comportamento, neste acto substancial e universal têm o seu ponto de partida e o seu resultado”.<sup>78</sup>

Com isso, para Hegel, é o Estado que funda o povo e é o detentor da soberania. Em Rousseau, é a vontade individual que, no pacto, forma a vontade geral e fundamenta o Estado. Em Hegel, a vontade fundante é vontade absoluta, que se manifesta no Estado. O Estado é, portanto, por ser oriundo da vontade absoluta, uma realidade arbitrária.<sup>79</sup>

“O Estado, como realidade em acto da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular em si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”.<sup>80</sup>

Mas não há como negar que Hegel lança os fundamentos para o fim do individualismo, porque o “indivíduo, porção do Estado, não está autorizado a se impor ao todo; ele deve querer o bem do todo; e agir neste sentido”.<sup>81</sup>

## **5 Passagem do Estado Moderno ao Estado Contemporâneo e as concepções sobre a nova realidade**

Poder-se-ia questionar a opção adotada na elaboração deste trabalho em localizar o pensamento de Hegel no Estado Contemporâneo, especialmente pela sua visão diversa daquela fundada no individualismo. No entanto, como se afirmou

---

<sup>78</sup> HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986, p. 201.

<sup>79</sup> Ver GARAUDY, Roger. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1983, p. 166.

<sup>80</sup> HEGEL. op. loc. cit.

<sup>81</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 58.



anteriormente, não há como ser preciso sobre o momento em que ocorreu a mudança do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, o que somente se pode enunciar em razão de um acordo mais ou menos aceito entre os doutrinadores e estudiosos da teoria do Estado. Mais corretamente, do ponto de vista do pensamento político, é possível dizer que Hegel cumpre como que uma função de clivagem que vai determinar a mudança do paradigma que caracteriza a Sociedade Política. Essa opção prende-se ao fato de sua visão da relação Sociedade Civil/Estado, contemplando este como fundante daquela e não o inverso, como terminam entendendo todos os demais doutrinadores que serão vistos a seguir e, mais especialmente, como acabou sendo consagrado nas estruturas constitucionais do Estado Contemporâneo.

Assim como ocorre em relação ao Estado Moderno, mas de forma mais enfática, há indiscutível dificuldade de estabelecer-se uma definição precisa de Estado Contemporâneo.

“Uma definição de Estado contemporâneo envolve numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e a de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Uma abordagem que se revela particularmente útil na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado contemporâneo é a análise da difícil coexistência das formas do Estado de direito com os conteúdos do Estado social”.<sup>82</sup>

Várias foram as circunstâncias que determinaram profundas transformações na estrutura material do Estado e que desencadearam a transformação do Estado Moderno no Estado Contemporâneo. Esses elementos foram, entre outros: a organização do capitalismo com a modificação da livre concorrência de mercado; a racionalidade do

---

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 401.

poder legal, entendido como modo de transmissão de comando concreto; os movimentos sociais que eclodiram a partir da segunda metade do século XIX, ainda no seio do Estado Moderno; e, ainda, as novas concepções que impressionaram o pensamento político.<sup>83</sup>

Utilizando como critério a principal nota diferencial entre o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo, ou seja, o compromisso com a função social, que somente surge neste último, dando oportunidade, por via de consequência, à integração da Sociedade Política com a Sociedade Civil, a análise do pensamento político que se segue mantém a mesma lógica da linha seguida para o Estado Moderno.<sup>84</sup>

Marx e Engels partem da análise do Estado burguês para propor o fim do Estado, passando pela fase intermediária da ditadura do proletariado.

Ao analisar o Estado burguês, Marx afirma que o Estado surge pela desagregação da sociedade comunitária primitiva, em razão do aparecimento da propriedade privada sobre os meios de produção e da divisão da sociedade em classes oponentes. O nascimento do Estado, assim, é um fenômeno histórico. A função do Estado, para Marx, não é regular o conflito social, mas tomar partido neste para que a parcela da classe dominante, controladora do Estado e que detém o poder, possa exercê-lo sobre aquela classe que não o tem.

O fim deste Estado é que é propugnado pelos marxistas. E o desaparecimento do mesmo ocorrerá com o desaparecimento da sociedade de classes.

---

<sup>83</sup> Ver, BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 401-406.

<sup>84</sup> Ainda que se possa dizer que alguns Estados, ou grande parte deles, não cumpram integralmente esta função, a característica é apontada porque este é o discurso legitimador, inclusive do ponto de vista da ordem constitucional, do Poder Político. Então, pode-se dizer que, tendencialmente, a nota característica do Estado Contemporâneo é sua função social.

“Quando, no curso do desenvolvimento, desaparecerem todas as distinções de classe e toda a produção concentrar-se nas mãos da associação de toda a nação, o poder público perderá o seu caráter político. O poder político propriamente dito é o poder organizado de uma classe para oprimir outra. Se o proletariado em sua luta contra a burguesia é forçado pelas circunstâncias a organizar-se em classe; se torna, mediante uma revolução classe dominante, destruindo violentamente as antigas relações de produção, destrói com essas relações as condições dos antagonismos de classes e as próprias classes em geral e, com isso, extingue sua própria dominação como classe. Em lugar da antiga sociedade burguesa, com suas classes e antagonismos de classes, haverá uma associação na qual o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos”.<sup>85</sup>

Mas o próprio Marx afirma a necessidade de um estágio intermediário entre o fim do Estado burguês e a fase final de uma sociedade sem classes. Essa fase seria a da ditadura do proletariado. Nessa fase fica praticamente mantido o Estado burguês, o que se modifica é que o controle do poder do Estado encontrará a legitimidade no proletariado e será exercitado na perspectiva de extinguir as classes sociais, colimando o fim do Estado: “Entre a sociedade capitalista e a sociedade comunista medeia o período da transformação revolucionária da primeira na segunda. A este período corresponde também um período político de transição, cujo Estado não pode ser outro **senão a ditadura revolucionária do proletariado**”.<sup>86</sup>

Mais claramente, em outro lugar, Engels reconhece ser o Estado uma criação da sociedade, mas afirma que esse mesmo ente criado pela sociedade, por distorções decorrentes do Estado burguês, se coloca acima da sua criadora e cada vez mais dela se distancia. Diz Engels:

“O Estado não é portanto, de modo nenhum, um poder imposto de fora à sociedade e tão-pouco é ‘a realidade da idéia ética’, ‘a imagem e a realidade da razão’, como

---

<sup>85</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Apud LASKI, Haroldo J. O Manifesto Comunista de Marx e Engels. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, p. 113.

<sup>86</sup> MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. *Textos*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1977, p. 239. (Vol. I). O grifo encontra-se no original.

afirma Hegel. Ele é antes um produto da sociedade num estágio determinado de desenvolvimento; é o reconhecimento de que esta sociedade está enredada numa insolúvel contradição consigo própria, que se cindiu em oposições inconciliáveis de que ela é incapaz de livrar. No entanto, para que essas oposições, classes com interesses econômico em conflito, não se consumam a si próprias e à sociedade numa luta estéril, tornou-se necessário um poder situado aparentemente acima da sociedade para abafar o conflito e mantê-lo dentro dos limites da 'ordem'; e esse poder surgido da sociedade mas que se coloca acima dela e se aliena cada vez mais dela é o Estado".<sup>87</sup>

Assim, apesar de o Estado burguês-liberal nascer da Sociedade, passa a ser algo diverso dela. Há, de certa forma, uma contraposição entre ambos. Somente com o fim do Estado, ter-se-ia uma efetiva fusão entre Sociedade Civil e Estado.

Para Gramsci, a Sociedade Civil e a Sociedade Política se situam no âmbito de uma totalidade orgânica por ele denominada "superestrutura". Isso fica claro quando Gramsci afirma que a atividade política "é efetivamente o primeiro momento ou primeiro grau, o momento em que a superestrutura está ainda na fase imediata de mera afirmação voluntária, indistinta e elementar".<sup>88</sup> Depois, quando analisa o que chama de relação de forças, como tema ligado à relação entre a estrutura e a superestrutura (natureza e espírito),<sup>89</sup> diz que esta se dá em três momentos. No primeiro, identifica a relação das forças sociais vinculada à estrutura, "objetiva, independente dos homens, que pode ser medida com os sistemas das ciências exatas ou físicas".<sup>90</sup>

"O momento seguinte é a relação das forças políticas; a avaliação do grau de homogeneidade, de autoconsciência e de organização alcançado pelos vários grupos sociais. Por sua vez, este momento pode ser analisado e diferenciado em vários graus, que correspondem aos diversos momentos da consciência política coletiva, da forma como se manifestam na História até agora. O primeiro e mais elementar é o

---

<sup>87</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa-Moscou: Edições "Avante!" / Edições Progresso, 1986, p. 192.

<sup>88</sup> GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Trad. Luiz Mário Gazzaneo. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991, p. 12.

<sup>89</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>90</sup> GRAMSCI, Antonio, *op. cit.*, p. 49.

econômico-corporativo [...] Um segundo momento é aquele em que se adquire a consciência da solidariedade de interesses entre todos os membros do grupo social, mas ainda no campo meramente econômico. Neste momento já se coloca a questão do Estado, mas apenas visando a alcançar uma igualdade político-jurídica com os grupos dominantes [...] Um terceiro momento é aquele em que se adquire a consciência de que os próprios interesses corporativos, no seu desenvolvimento atual e futuro, superam o círculo corporativo do grupo meramente econômico, e podem e devem tornar-se os interesses de outros grupos subordinados. Esta é a fase mais abertamente política, que assinala a passagem nítida da estrutura para a esfera das superestruturas complexas [...]”.<sup>91</sup>

Explica Wolkmer:

“Em Gramsci, o Estado não é somente ‘sociedade política’, mas também ‘Sociedade Civil’, pois ele garantirá ‘ao proletariado o papel hegemônico na conquista do consenso’. A Sociedade Civil estará situada entre a legislação do Estado e sua estrutura econômica. Logo, o Estado, para Gramsci, ‘é a sociedade política mais Sociedade Civil, ou seja, uma hegemonia protegida pela coerção’”.<sup>92</sup>

Nicos Poulantzas, dando-se conta de que as massas populares, por meio de lutas decorrentes das contradições internas inerentes ao Estado capitalista, são determinantes na transformação deste mesmo Estado, fixando, inclusive, conquistas, como as instituições da democracia representativa, diz que essa circunstância foi ocultada pela idéia de ditadura do proletariado, que, salienta, foi, no pensamento de Marx, “uma noção estratégica em estado prático, funcionando ademais como painel indicador”.<sup>93</sup>

Importa, para o âmbito do presente estudo, verificar como se dá em Poulantzas a relação entre o Estado e a Sociedade Civil (massas populares) e como esta pode e deve ser fator preponderante para a transformação daquele. Para ele o Estado atual não está totalmente isolado das massas populares. As lutas populares influenciam a

---

<sup>91</sup> GRAMSCI, Antonio, op. cit., p. 49-50.

<sup>92</sup> WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit., p. 65.

<sup>93</sup> POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. Trad. Rita Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 291-294.

modificação dos aparelhos estatais não somente pela trilha da luta concentrada, mas também pela via democrática. Por essa via, as massas populares agem exatamente nas contradições internas do Estado e, através dela, podem chegar a tomar o poder. Mas diz:

“Tomar ou conquistar o poder de Estado não pode significar um simples confisco das peças da maquinária estatal, com vistas à sua substituição em benefício do segundo poder. O poder não é uma substância quantificável detida pelo Estado de que seria necessário despojá-lo. O poder consiste numa série de relações entre as diversas classes sociais, concentrada por excelência no Estado, que, ele, constitui a condenação de uma relação de forças entre as classes. O Estado não é nem uma coisa-instrumento que se surrupia, nem uma fortaleza onde se penetra através de estratagemas nem um cofre-forte que só se abre arrombando-o; ele é o centro do exercício do poder político”.<sup>94</sup>

Ao contrário de todas as concepções anteriores, para Hermann Heller a idéia de Estado não está ligada a um agrupamento de individualidades. Diz ele textualmente: “Uma consideração científica da unidade estatal não pode identificar a esta nenhum dos seus elementos. O Estado não é uma ordem normativa; também não é o ‘povo’; não é formado por homens mas atividades humanas”.<sup>95</sup>

Entendendo o Estado como uma unidade real que atua de modo causal, Heller afirma: “A função do Estado consiste, pois, na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize tôdas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica, a qual, enquanto não exista Estado mundial, aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante”.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> POULANTZAS, Nicos, op. cit., p. 296.

<sup>95</sup> HELLER, Hermann, op. cit., p. 282.

<sup>96</sup> Idem, ibidem, p. 283.

Fica evidente no pensamento de Heller a inter-relação entre o Estado e a Sociedade e, por consequência, a função social do Estado, já que a função deste é assegurar a convivência e a cooperação entre os homens.

Após fazer distinção entre comunidade e Sociedade, e inserir a Nação na primeira categoria e o Corpo Político e o Estado no âmbito da segunda, Jacques Maritain define o Estado a partir de uma óptica instrumentalista, afirmando que “O Estado é unicamente a parte do corpo político que se refere especialmente à manutenção da lei, ao fomento do bem comum e da ordem pública e à administração dos negócios públicos. O Estado é uma parte que *se especializa* no interesse do *todo*. Não é um homem ou um grupo de homens; é um conjunto de instituições combinadas em uma máquina altamente aperfeiçoada”.<sup>97</sup>

Enunciando sua concepção de Estado Contemporâneo, Cesar Pasold, que o entende como uma criação da Sociedade, também a partir de uma visão instrumental, afirma: “Acreditamos que não há sentido na criação do Estado senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo. Deve haver nesta criatura da Sociedade um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e razão de ser do ato criativo”.<sup>98</sup>

De outro norte, diz: “Se a condição instrumental do Estado advém do fato de ele ser criação da Sociedade, ela se consolidará somente na serventia aos anseios

---

<sup>97</sup> MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Trad. Alceu de Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959, p. 22.

<sup>98</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p. 35.

sociais e justificar-se-á por uma conformação jurídica conveniente à origem e coerente com a utilidade à Sociedade”.<sup>99</sup>

Gustavo Gozzi observa que uma definição de Estado contemporâneo envolve grandes problemas, decorrentes das inúmeras relações que se foram criando entre o Estado e o complexo social e dos efeitos causados no interior do sistema político. Apesar de abordar o tema sob diversos enfoques, tem especial interesse para o âmbito deste trabalho a correlação estabelecida pelo autor entre o Estado de Direito e o conteúdo do Estado Social, porque sublinha a principal característica do Estado contemporâneo.

Explica este autor:

“Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado. Pelo contrário, os direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação (E. Forsthoff, 1973).

Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do *status quo*, os direitos sociais, pelo contrário, são *a priori* imprevisíveis, mas não de ser sempre atendidos onde emergem do contexto social. Daí que a integração entre Estado de direito e Estado social não possa dar-se a nível constitucional, mas só a nível legislativo e administrativo. Se os direitos fundamentais são a garantia da sociedade burguesa separada do Estado, os direitos sociais, pelo contrário, representam a via por onde a sociedade entra no Estado modificando-lhe a estrutura formal.

A mudança fundamental consistiu, a partir da segunda metade do século XIX, na gradual integração do Estado político com a Sociedade Civil, que acabou por alterar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração”.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> PASOLD, Cesar Luiz, op. cit., p. 34.

<sup>100</sup> GOZZI, Gustavo, verbete “Estado Contemporâneo”. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Trad. Carmem C. Varrialle et al. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 401.



## 6 Desenvolvimento histórico da noção de Sociedade Civil

Tendo em vista que a nota característica do Estado Contemporâneo é a sua vinculação com a Sociedade Civil, é preciso encontrar a definição de Sociedade Civil, especialmente em sua conformação atual, sendo necessário, no entanto, ter presente que se trata de um conceito construído historicamente e, portanto, mutável de acordo com o contexto político.

Norberto Bobbio chama a atenção para o fato de que a expressão Sociedade Civil já experimentou, no pensamento político dos últimos séculos, vários significados.<sup>101</sup>

Numa acepção jusnaturalista que coincide com a origem do Estado, e se repete desde Hobbes até Kant, há uma visão dicotômica entre “Estado de natureza - Estado Civil”. O Estado Civil nasce em contraste com o estado primitivo da humanidade.

Nesse sentido, escreveu John Locke:

“Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura - para quem apelar - com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; mas os que não têm essa apelação comum, quero dizer, sobre a Terra, ainda se encontram no estado de natureza [...]”.<sup>102</sup>

Rousseau, no entanto, distinguiu dois sentidos para o mesmo termo, uma vez que utilizou o termo “Sociedade Civil” para contrapor à sociedade primitiva. Assim, o sentido de civil não corresponde mais a “civitas”, mas a “civilitas”. Logo, em Rousseau, a Sociedade Civil não tem o sentido de sociedade política, mas, sim, de

---

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1206.

<sup>102</sup> LOCKE, John, op. cit., p. 249.

Sociedade Civilizada, o que se verifica na segunda parte do *Discurso sobre a origem da desigualdade*.<sup>103</sup>

Ensina Bobbio:

“[...] enquanto para Hobbes (e igualmente para Locke) a Sociedade Civil é a sociedade política e ao mesmo tempo a Sociedade Civilizada (civilizada na medida em que é política), a Sociedade Civil de Rousseau é a Sociedade Civilizada, mas não necessariamente política, que surgirá do contrato social e será uma recuperação do estado de natureza e uma superação da Sociedade Civil. A Sociedade Civil de Rousseau é, do ponto de vista hobesiano, uma sociedade natural”.<sup>104</sup>

François Châtelet lembra que Sociedade Civil em alemão, e em Hegel, significa também “sociedade burguesa”.<sup>105</sup>

Em Marx, a expressão Sociedade Civil designa a sociedade pré-estatal. Tem, segundo Bobbio, a mesma função conceitual que tinha para os jusnaturalistas, o estado de natureza ou a sociedade natural, “que era exatamente a sociedade das relações naturais ou econômicas entre os indivíduos de cuja insuficiência nascia a necessidade de evoluir para uma fase superior de agregação (de civilização) que seria a sociedade política ou o Estado”.<sup>106</sup>

Gramsci deu sentido diferente daquele dado por Marx ao termo “Sociedade Civil”, entendendo esta como um momento da elaboração das ideologias e das técnicas de consenso, identificando, assim, a Sociedade Civil como um momento dentro do

---

<sup>103</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, op. cit., p. 259-310.

<sup>104</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1207-1208.

<sup>105</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 83. Assim, a expressão em Hegel não encontra ainda o sentido que encontrará posteriormente e que denota aquele que se pretende adotar para os efeitos deste trabalho.

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1209.

próprio Estado. Numa linguagem marxista, para Gramsci, a Sociedade Civil se identifica com “Estado” e, com isso, pertence não à estrutura mas à superestrutura.<sup>107</sup>

Nos dias atuais, o termo “Sociedade Civil” denota um sentido que envolve uma síntese da concepção destes últimos autores.

Bobbio define Sociedade Civil na sua acepção atual da seguinte forma:

“Na contraposição Sociedade Civil-Estado, entende-se por Sociedade Civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade Civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, da associação e organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político”.<sup>108</sup>

## **7 Participação da Sociedade Civil no Estado Contemporâneo**

Das considerações acima, verifica-se que até Hegel a relação do Estado com a Sociedade Civil sempre foi uma relação de antagonismo, não podendo haver identificação entre ambos porque a nota primordial do Estado é: dominação sobre os homens, em Maquiavel; essencialmente poder, sendo povo e território elementos secundários, em Bodin; a organização política a que ficam subjugados os indivíduos, para John Locke; a forma de conter a desagregação do pacto social, para Montesquieu; a maneira de preservar os pressupostos de liberdade e a propriedade privada, em Rousseau. Importa chamar a atenção para duas notas características presentes no

---

<sup>107</sup> GRAMSCI, Antonio, op. cit., p. 49-50; ver BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1210.

<sup>108</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1210.

pensamento desses autores: a primeira, já bastante clara, é a separação entre a Sociedade Política e a Sociedade Civil e a relação de antagonismo entre elas; a segunda, a noção de individualismo que perpassa a própria noção da sociedade política, posto que sempre há uma relação intersubjetiva no pacto ou na dominação do indivíduo pelo ente estatal, sendo absolutamente ignorada a noção de coletividade.

É em Hegel que a noção de Sociedade Civil começa a ser compreendida como integrante da própria noção de Estado, ainda que ele faça uma inversão ao entender o Estado como fundamento da Sociedade Civil, afirmando que o Estado seria a vontade absoluta, o espírito objetivo ou o espírito divino. Mas é importante observar que Hegel lança as bases que vão contribuir para o fim do individualismo. Engels, contrapondo-se ao pensamento de Hegel e com base em entendimento desenvolvido anteriormente com Marx de que o Estado é um processo histórico, enunciou de forma muito clara ser o Estado um produto da sociedade. Gramsci deixou evidente a relação entre Estado e Sociedade Civil, especialmente porque verificou que o relacionamento material entre ambos se dá no que chamou de “superestrutura”. Para Poulantzas, a Sociedade Civil não compõe o Estado, mas é um fator preponderante de sua transformação.

Para Hermann Heller, o Estado não é um agrupamento de indivíduos, mas atividades humanas com a função de organizar e ativar a cooperação do todo social em um território, tendo em vista a necessidade de uma forma de vida comum e harmônica. Jacques Maritain diz que o Estado não é um homem ou um grupo de homens, mas um conjunto de instituições combinadas que têm a finalidade de manter a lei, fomentar o bem comum e a ordem pública e administrar os negócios públicos. Também para Cesar Pasold, trata-se de um instrumento criado pela Sociedade em favor do Bem

Comum ou Interesse Coletivo. Aliás, este autor faz a seguinte importante observação: “O Bem Comum não é a soma dos bens individuais ou dos desejos isolados”.<sup>109</sup> A concepção destes últimos autores é, evidentemente, instrumentalista. O Estado é uma criação da Sociedade com vistas a um determinado fim, qual seja, o de garantir uma vida harmônica no seio dessa mesma sociedade.

Já Norberto Bobbio define o Estado Contemporâneo a partir de uma visão histórica, demonstrando que, na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, houve uma alteração na estrutura formal do Estado que, além de Estado de direito, passa a ter a conotação de Estado social, pela gradual integração do Estado político com a Sociedade Civil, modificando-se os processos de legitimação e a estrutura da administração.

Essas duas formas de visualizar o Estado – histórica e instrumentalista – não se excluem; pelo contrário, complementam-se. E é exatamente o que se pode concluir da lição de Cesar Pasold, com apoio no pensamento de Hermann Heller: “o Estado encarado como um conjunto de atividades humanas que, num crescente transbordamento de espaços axiológicos e políticos, assume paulatinamente compromissos com parcelas diversas, e, em seguida, com o todo social, harmonizando-se e harmonizando-o”.<sup>110</sup> Em não menos feliz síntese, Canotilho diz que o Estado “constitui a forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas”.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> PASOLD, Cesar Luiz, op. cit., p. 35.

<sup>110</sup> Idem, ibidem., p. 78.

<sup>111</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 15.

É evidente que não se está incorrendo na ingenuidade de pensar que a evolução das concepções sobre o Estado ou sua organização, na esfera constitucional, possa levar à conclusão de que se tenha chegado a um Estado que se inter-relacione de forma perfeita e harmônica com a Sociedade Civil e que não tenha, por vezes, a tendência de violentá-la.

O Professor Cesar Pasold, em diversas passagens de sua obra, demonstra, com exemplos extraídos da realidade vivenciada no Brasil, momentos em que o Estado vive a ausência da legitimidade dos detentores do poder, em razão de desvio de poder e desrespeito aos direitos individuais e à Soberania.<sup>112</sup> Também por isso é que não se pode deixar de levar em consideração a visão negativa do Estado como a de Bernard Chantebout, que o vê como uma entidade misteriosa e ideal a serviço de seus senhores ou de alguns, e não de todos.<sup>113</sup> De outra parte, também não se pode deixar de reconhecer que tem razão Péricles Prade, quando afirma que a “atuação conjunta Estado-empresa, que caracteriza o Estado de direito social na era tecnológica, acaba criando profundas e extensas frustrações em certos setores da Sociedade Civil”.<sup>114</sup> Tudo isso revela a extrema complexidade que envolve o inter-relacionamento entre a Sociedade Civil e o Estado.

É exatamente em razão desses desvios e desmandos praticados pelo Estado e em seu nome que há uma profunda preocupação em estabelecer, no âmbito das constituições vigentes no Estado Contemporâneo, instrumentos que visem a dar à Sociedade Civil a oportunidade de uma melhor forma de inter-relacionamento com o

---

<sup>112</sup> PASOLD, Cesar Luiz, op. cit., p. 38, 40, 54, 59.

<sup>113</sup> CHANTEBOUT, Bernard. *Do Estado - uma tentativa de desmitificação do universo político*. Trad. José Antonio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 37-58.

<sup>114</sup> PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 52.

Estado. Embora, repita-se, nem sempre a realidade corresponda ao discurso constitucional, isso não impede que ditos instrumentos sejam, ou possam ser, de extrema utilidade para a Sociedade Civil.

## 8 Nação, Soberania, Cidadania e Democracia

À modificação ocorrida na concepção e na realidade do Estado e da Sociedade Civil correspondem também importantes modificações em quatro noções decorrentes da vida da Sociedade no interior da Organização Política: nação, soberania, cidadania e democracia. Há, sem dúvida, uma conexão, numa relação de complementaridade e implicação, desses conceitos entre si e com os processos políticos, econômicos, sociais e culturais.<sup>115</sup>

Segundo François Châtelet, “uma idéia se impõe, uma idéia já presente nos pensadores do século XVIII e em Hegel, mas que irá doravante desempenhar um papel decisivo a ponto de caracterizar toda a política moderna e contemporânea: a de *nação*”.<sup>116</sup>

Ainda que se possa afirmar que o termo “nação” tenha sido utilizado já na Antigüidade, ele somente passou a ser usado para expressar a noção aplicada nos dias atuais durante a Revolução Francesa, embora não houvesse univocidade em seu uso.<sup>117</sup>

Na atualidade também não há um acordo unânime sobre seu conceito. O termo tanto pode expressar a idéia de uma comunidade política, como ocorre entre os

---

<sup>115</sup> Ver FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 16. Neste momento e para ficar limitado à pretensão central da tese, far-se-á somente a análise referente ao âmbito político.

<sup>116</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 85.

<sup>117</sup> Ver BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 795-797; e FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 16-17.

americanos, como pode indicar toda uma Federação, os Estados federados ou tribos, como ocorre na África.<sup>118</sup>

O certo, no entanto, é que o termo “Nação” implica, atualmente, a idéia de uma coletividade de pessoas unidas por laços de afinidades culturais, políticas, econômicas e/ou sociais fundadora de uma forma diversa de relacionamento no interior dessas instâncias que diferem das relações de cunho individualista. Ainda que se possa dizer que a noção conceitual não seja de todo segura e abrangente da realidade, parece que não está errado afirmar que a Nação é uma realidade sensível, tanto que ela é entendida como “fonte da soberania”.<sup>119</sup> De outro lado, sua noção é decisiva para uma outra forma de nominar o Estado que até agora foi tratado como contemporâneo, que é também chamado de Estado-nação. Vários são os autores que preferem esta denominação. François Châtelet, por exemplo, define Estado-nação como a “*representação política* que implica o fato de que as populações que constituem uma sociedade no mesmo território reconhecerem-se como pertencentes *essencialmente* a um poder que emana delas e que as expressa”.<sup>120</sup> E afirma, mais adiante, que “esse Estado-Nação é ainda hoje a trama do mundo político, quaisquer que sejam suas diversidades e novidades”.<sup>121</sup>

O importante é anotar as modificações que a idéia de Nação experimentou, determinadas pelas diferentes concepções e realidades das Sociedades Políticas<sup>122</sup> e determinantes de modificação nos conceitos de Soberania e Cidadania.

---

<sup>118</sup> Ver BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 795.

<sup>119</sup> Ver FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 17.

<sup>120</sup> CHÂTELET, François, op. cit., p. 85.

<sup>121</sup> Idem, ibidem, p. 86.

<sup>122</sup> Utiliza-se aqui a expressão “Sociedades Políticas” por ser mais ampla do que Estado, uma vez que abrange este e as Sociedades Pré-Estatais.



Igualmente a noção de Soberania está intimamente ligada à de poder político. A palavra “Soberania” foi utilizada na Antigüidade e na Idade Média para indicar a sede última do poder. No entanto, na passagem da Sociedade Política estamental para o Estado Moderno, como visto anteriormente, a expressão adquire um sentido adequado a esta nova realidade e passa a “indicar, em toda a sua plenitude, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política”.<sup>123</sup> No dizer de José Eduardo Faria, “a *soberania*, em seu significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontestável numa determinada sociedade política; a um poder *independente, supremo, inalienável* e, acima de tudo, *exclusivo*. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes”.<sup>124</sup>

É igualmente importante perceber que a noção de Soberania, com o tempo, vai mudando gradativamente de sentido, indo desde a concepção da mera posição de proeminência – posição daquele que era superior num sistema hierárquico bem definido –,<sup>125</sup> até chegar-se àquelas que a entendem como “expressão da unidade de uma ordem coativa” (normativismo kelseniano); “poder de organização jurídica tendo em vista a realização do ‘bem comum’ e a afirmação de suas decisões nos limites dos ‘fins éticos da convivência’” (abordagens culturalistas); ou, ainda, na distinção “entre a titularidade do poder e a capacidade de seu exercício efetivo, mais precisamente entre a capacidade de auto-organização e titularidade exclusiva do exercício do poder político na ordem interna [soberania] e a capacidade de relacionamento externo de

---

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1179.

<sup>124</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 17.

<sup>125</sup> Ver BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1181; e FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 18.

forma livre e não subordinada [independência]”.<sup>126</sup> Como lembra José Eduardo Faria, “em que pesem suas diferenças conceituais e analíticas, essas doutrinas têm seu denominador comum no problema do poder”.<sup>127</sup> A evolução desse conceito vai implicar: a) primeiramente, a limitação do exercício do poder político; b) depois, o advento das declarações do direito do homem e as constituições escritas – que vão racionalizar o poder monopolizado pelo Estado e legitimar seu exercício, por meio da democracia representativa e de um aparelho judicial inteiramente profissionalizado; c) por fim, a afirmação do princípio da “autodeterminação dos povos” e, com isso, a consolidação do Direito Internacional.<sup>128</sup>

Outro conceito que guarda estreita relação com os de Nação, Soberania e, conseqüentemente, de Estado, é o de Cidadania. Assim como os demais, este também evolui e, como afirma José Alfredo de Oliveira Baracho, “vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade”. Diz o mesmo autor que os homens passaram da condição de sujeitos para a de cidadãos e isso induziu a democracia, o que determinou que estes dois últimos conceitos se tornassem interdependentes.<sup>129</sup>

No entanto, se o indivíduo, no nascimento do modelo democrático, é a razão de ser da sociedade humana, e esta constitui a justaposição de indivíduos e é feita para garantir a felicidade dos indivíduos, tendo, assim, a cidadania o caráter de individualidade, nos dias atuais o termo “cidadania”, propõe Vera Regina Pereira de

---

<sup>126</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 18-21.

<sup>127</sup> Idem, ibidem, p. 21.

<sup>128</sup> Idem, ibidem, p. 22.

<sup>129</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1.

Andrade, deve ser entendido no sentido aberto em que “para além de uma cidadania individual – moldada no individualismo – plasmam-se demandas por construções coletivas da cidadania (que refletem a coletivização dos conflitos) ao mesmo tempo em que, para além da representação política, a cidadania aponta para participação em sentido amplo, através da sua evidente politização”.<sup>130</sup>

Uma categoria que necessariamente está ligada à transformação do Estado é a democracia, podendo-se dizer, inclusive, que ela é inerente ao Estado Contemporâneo, ou seja, sem democracia é impossível que o Estado possa efetivamente atingir sua finalidade social, posto que é exatamente o processo democrático que dá oportunidade de a Sociedade Civil manifestar suas necessidades e indicar os rumos da Sociedade Política. Aliás, Norberto Bobbio, para definir democracia, começa afirmando que ela deve ser entendida “como contraposta a todas as formas de governo autocrático” para dizer que o único modo de chegar-se a um acordo sobre sua definição “é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*.”<sup>131</sup>

Fica claro na citação acima que não se está adotando a idéia de democracia meramente representativa, porque é necessário perceber que há uma outra forma de participação política que, inclusive, tem nas Ações Constitucionais um poderoso instrumento de participação.

---

<sup>130</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: dos direitos aos Direitos Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 129.

<sup>131</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurelio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18.

## 9 Uma nova concepção de Estado: a permanente mutação

Até agora o que se pretendeu com os itens anteriores foi demonstrar que, na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, houve uma ruptura com o paradigma da justificação da razão fundante do Poder Político ou da Sociedade Política, e esta foi tão importante e tão expressiva quanto o rompimento ocorrido na formação do Estado Moderno, com o abandono do pluralismo de centros de poderes vigentes nas Sociedades Políticas da Idade Média. Essa mudança substancial não tem um interesse meramente histórico sobre a organização do Estado, mas a característica que mais importa salientar é que ela decorre da percepção da atuação da sociedade civil no interior deste mesmo Estado, conforme visto acima.

Também não se pode deixar de anotar que se aceita para os fins propostos que ainda se encontra vigente, do ponto de vista de sua organização e finalidade, a noção de Estado Contemporâneo, mas não é possível ignorar que neste momento histórico já há uma substancial diferença daquela ordem política que teve início nos albores do século XX. De outro lado, é preciso observar que o Estado dos dias atuais – definido aqui como Estado Contemporâneo – também é chamado freqüentemente de Estado do Bem-Estar, Estado Social ou Estado Providência, assim como algumas vezes encontra-se a expressão Estado Liberal para definir o que é mais conhecido por Estado Moderno.<sup>132</sup>

As modificações experimentadas daquela época para a atual determinaram uma outra modificação no paradigma do Estado que, se, por um lado, não é possível dizer

---

<sup>132</sup> Ver AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91.

que há uma transformação absoluta, como se ocorreu nas duas passagens anteriores – porque a realização das necessidades da Sociedade Civil é ainda a razão primeira do Estado –, por outro, é impossível deixar de perceber que há uma grande diferença na forma de o Estado realizar sua função social. Esta última modificação que agora se analisa é decorrente de duas ordens de acontecimentos: a) uma de ordem interna, decorrente exatamente da crescente modificação na forma de a Sociedade Civil inter-relacionar-se com o Estado, que gerou uma gama de novos direitos aos cidadãos e à totalidade da Sociedade<sup>133</sup> – o que será objeto do capítulo seguinte; e b) outra externa, fruto do processo de globalização da economia, que tem profunda repercussão no setor político.

Norberto Bobbio, em vários lugares de sua extensa obra, especialmente ao tratar do “futuro da democracia”,<sup>134</sup> reconhece que um dos problemas enfrentados pelo Estado Contemporâneo está exatamente em sua necessidade de funcionar em um processo democrático – e essa necessidade é característica exatamente da permeabilidade do Poder Político pela atividade da Sociedade Civil –, o que termina por gerar uma situação tensa e nem sempre fácil de equacionar.

José Luiz Bolzan de Moraes analisa as crises do Estado Contemporâneo sob dois enfoques: conceitual e estrutural. Do ponto de vista conceitual, o faz analisando especialmente o esmaecimento e/ou a transformação da noção de soberania; e, no âmbito estrutural, afirma o esgotamento do modelo do Estado do Bem-Estar Social, para concluir que “devemos estar atentos às transformações conceituais que atingem a

---

<sup>133</sup> Utilizada aqui na mesma acepção de Sociedade Civil.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurelio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, 171 p.

compreensão tradicional de Estado, assentada na compreensão tradicional do mesmo, calcada sobretudo no seu poder incontestável – a soberania”.<sup>135</sup>

José Eduardo Faria demonstra claramente a substancial modificação do Estado, no seu perfil de Estado-Nação:

“Após ter tido sua autoridade, sua titularidade de iniciativa legislativa e seu poder de intervenção tão questionados e desafiados nos anos 80, quando passou a apresentar déficits de ‘governabilidade’, a enfrentar o processo de ‘hiperjuridificação’ e a viver seu ‘trilema regulatório’ ele agora ressurgiu invocando como fonte de *ordem, disciplina, prevenção e segurança*, numa perspectiva; e de *justiça social*, em outra”.<sup>136</sup>

De outro lado, no entanto, diz o mesmo autor, olhando do prisma da face externa determinante da nova mudança acima afirmada:

“Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review* e da coisa julgada que têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo. À medida que os preços dos bens e serviços transnacionais nesses mercados passam a ser formados fora do alcance das competências regulatórias estatais, esgarçando-se o vínculo entre a produção e a circulação da riqueza e o território, inicia-se um período histórico em cujo âmbito a economia cada vez mais se impõe sobre o debate público e as agendas governamentais de todos os países (ainda que de modo diferenciado)”.<sup>137</sup>

A partir de uma análise do chamado Estado-Providência francês, Pierre Rosanvalon enuncia que esse modelo de Estado encontra-se em crise e apresenta, em síntese, qual o caminho que ela determinará:

---

<sup>135</sup> MORAES, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado contemporâneo. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *América latina: cidadania, desenvolvimento e Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 37-50.

<sup>136</sup> FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 257-258.

<sup>137</sup> Idem, *ibidem*, p. 23.

“Se nenhuma alternativa positiva ao Estado-providência for proposta por aqueles que dele mais se beneficiam, caminharemos para uma sociedade híbrida em que o reforço dos mecanismos de mercado coexistirá com a manutenção das formas estatísticas rígidas e com o desenvolvimento de uma corporitização social parcial. Esse tipo de sociedade repousará numa soma de dualismos, gerando, simultaneamente, bloqueios e novas injustiças. Seria socialmente insuportável e economicamente ineficaz. A alternativa não está, portanto, entre a manutenção nostálgica do modelo keynesiano e o neoliberalismo ‘puro’; está, praticamente, entre um modelo pseudoliberal rígido e aquilo a que chamo de *pós-social-democracia*. O espaço pós-social-democrata repousa na redução do papel do modelo keynesiano e na sua combinação com os modos de regulação autogestionária e intro-social”.<sup>138</sup>

A conseqüência da mudança na concepção e na realidade do Estado tem a mesma intensidade da mudança nos conceitos correlatos vistos anteriormente: Nação, Soberania, Cidadania e Democracia, ainda que em cada um deles isso ocorra em graus diversos. É tal a ênfase da mudança que grande parte dos autores que se dedicam à análise do tema tem afirmado, inclusive, o esgotamento de tais conceitos, ainda que sejam as mais diversas as razões que levem a essa situação, como se verifica nas seguintes lições, citadas de forma meramente exemplificativa.

No que se refere à Nação, veja-se o seguinte entendimento:

“Se a Nação nada mais é do que a ideologia do Estado burocrático centralizado, a superação desta forma de organização do poder político implica a desmitificação da idéia de Nação. Existem fundamentos concretos para esta desmitificação. É um dado de fato que a atual evolução do sistema de produção na parte industrializada do mundo, após ter levado à dimensão ‘nacional’ o âmbito de interdependência das relações pessoais, está atualmente ampliando este âmbito, tendencialmente, para além das dimensões dos atuais Estados nacionais e aponta, com uma evidência cada vez mais direta, para a necessidade de se organizar o poder político em níveis continentais e conforme os modelos federativos.

É, portanto, previsível que a história dos Estados nacionais esteja chegando ao fim e que esteja para começar uma nova fase em que o mundo se organizará em grandes espaços políticos federativos. Porém se o federalismo significa o fim das Nações no sentido até aqui definido, significa também o renascimento, ou o revigoramento, das nacionalidades espontâneas que o Estado nacional abafa ou reduz a meros instrumentos ideológicos a serviço do poder político, e, conseqüentemente, a volta

---

<sup>138</sup> ROSANVALON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Trad. Joel Pimenta Ulhoa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 102.

àqueles autênticos sentimentos gregários dos quais a ideologia nacional se fez única detentora e que foram por ela transformados em valores dependentes”.<sup>139</sup>

Roberto Átila Amaral Vieira salienta que vários são os motivos para que muitos juristas, sociólogos, filósofos e pensadores políticos tenham a Soberania como um conceito em decadência: por um lado, por exemplo, porque entendem que a solidariedade entre os povos decorre muito mais de causas como a ideologia e o domínio das idéias políticas comuns; e, por outro, por entenderem que a Soberania é um resquício do nacionalismo e tem sido um obstáculo para o atingimento do ideal da comunidade internacional.<sup>140</sup> Uma síntese importante, no entanto, sem deixar de levar em consideração as razões antes mencionadas, está no seguinte entendimento:

“O ECLIPSE DA SOBERANIA – No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. Para o fim deste monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político e ideológico. Está desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela Soberania; por isto, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram os seus limites”.<sup>141</sup>

No entanto, o mesmo autor termina afirmando que uma das causas do esgotamento do conceito da noção de Soberania está em que, com o advento do Estado liberal e, posteriormente, do Estado democrático, tornando superado o Estado absoluto, a “sociedade civil retomou a atividade política”, e diz mais adiante que o

---

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 798-799.

<sup>140</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 162.

<sup>141</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1187.



ocaso da plenitude do poder político não gera o fim do poder, mas “desaparece apenas uma determinada forma de organização de poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de Soberania”.<sup>142</sup>

Não há dúvida de que a Cidadania sofre as influências – e por vezes se pode afirmar que são determinantes – das mutações do Estado Contemporâneo. Veja-se que T. H. Marshal, em uma passagem clássica sobre Cidadania, divide seu conceito em três partes: civil, política e social. Identifica como elementos que compõem o conceito civil os “direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça”,<sup>143</sup> e identifica os Tribunais de Justiça como as instituições ligadas a este elemento que chamou de direitos civis. Por elemento político, em sua definição, “se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo”.<sup>144</sup> Identifica como instituições correspondentes o parlamento e conselhos do governo local. Por fim, “O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.<sup>145</sup> As instituições que entende estarem ligadas a estes elementos são o sistema educacional e os serviços sociais.

---

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1187.

<sup>143</sup> MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967, p. 63.

<sup>144</sup> Idem, ibidem.

<sup>145</sup> Idem, ibidem, p. 63-64.

A lição de Vera Regina Pereira de Andrade, transcrita em item acima, demonstra claramente uma evolução significativa na concepção de Cidadania, que deixa de ter o caráter individualista presente no conceito de T. H. Marshall, para assumir uma feição de “construções coletivas”, confirmando a evolução enunciada por José Alfredo de Oliveira Baracho.<sup>146</sup>

A democracia, por sua vez, é em algumas oportunidades tida como a gênese da crise, posto que ela pressupõe a participação da Sociedade como reitora das atividades da Sociedade Política. No entanto, no que diz respeito ao esgotamento de seu conceito, ainda que em alguns momentos se chegue a ponto de indagar sobre seu futuro, como o fez Norberto Bobbio, que analisou profundamente seus débitos e seus obstáculos, ela vive uma condição um pouco diversa dos demais institutos antes verificados. Leciona Bobbio:

“Pois bem, a minha conclusão é que as promessas não cumpridas e os obstáculos não previstos de que me ocupei não foram suficientes para ‘transformar’ os regimes democráticos em regimes autocráticos. A diferença substancial entre uns e outros permaneceu. O conteúdo mínimo do estado democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas a sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas (nas democracias consociativas ou no sistema neocorporativo) ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo. Existem democracias mais sólidas ou menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode de modo algum confundida com um estado autocrático e menos ainda com um totalitário”.<sup>147</sup>

As lições acima, utilizadas de forma estratégica para a demonstração pretendida, devem levar a algumas reflexões significativas.

---

<sup>146</sup> Ver as lições de Vera Regina Pereira de Andrade e José Alfredo de Oliveira Baracho no item anterior deste mesmo capítulo.

<sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...*, p. 37-38.

O Estado Moderno levou alguns séculos para mudar completamente o seu perfil e durante esse tempo poucas foram as modificações experimentadas na sua estrutura; em primeiro lugar, pela pequena velocidade de mudanças ocorridas no interior da Sociedade;<sup>148</sup> segundo, porque as características que identificavam os Estados na concepção e na realidade do que chamamos de Moderno eram em maior número e mais intensas, o que determinou uma maior identificação entre os Estados que, e enquanto, detinham esse perfil; por fim, maior simplicidade de sua estrutura e da sua própria finalidade, uma vez que era vocacionado para o exercício e assecuração do Poder Político – e este Poder era exercitado como razão que se esgotava em si mesma.

No Estado Contemporâneo a realidade é muito diversa. Devido à sua maior complexidade, ele necessariamente deve conviver com a situação fática da tensão decorrente do conflito de interesses das mais diversas ordens. Esses conflitos encontram-se em seu interior, no âmbito político-administrativo, e no interior da Sociedade Civil.

As características que o identificam são mais tênues, posto que diversas são as formas de atendimento de sua finalidade precípua, ou seja, a realização da função social – atendimento das necessidades da Sociedade Civil. Assim, várias são as possibilidades de manifestação ou de configuração de Estados que se inserem na tipologia de Estado Contemporâneo, o que torna muito relativa sua definição por qualquer outra característica que não a do compromisso social.

Também é de se ter presente a constante, e cada vez mais veloz, mutação das formas e das necessidades sociais, seja pela dimensão da economia globalizada, seja

---

<sup>148</sup> Que ainda, então, não se percebia e não era enunciada como Sociedade Civil.

pelo desenvolvimento das comunicações, ou, ainda, pela acelerada evolução tecnológica.

Aliado a todas estas situações descritas, e até em virtude de a democracia ser inerente ao Estado Contemporâneo, o Poder agora necessita de uma legitimação advinda da própria Sociedade Civil e não mais da força. Logo, ele não é um fim em si mesmo, mas deve ser exercido no sentido de atingir a finalidade declarada e assumida, o que o faz, então, em instrumento de nova legitimação.

Essas circunstâncias trazem uma sensação de eterna crise, tanto do Estado como dos conceitos que lhe são associados, como se depreende do que foi afirmado acima. O entrelaçamento de interesses gera cada vez mais necessidades, e, com isso, a velocidade com que o Estado deve modificar o seu perfil é cada vez maior. Por isso é preferível ter-se como característica básica do Estado Contemporâneo a sua finalidade social, sem que se tente colocar como característica definidora a forma como atingirá tal função, posto que obedece, e deve obedecer, à mesma velocidade das necessidades sociais.

Assim, neste capítulo, o que se pretende é somente demonstrar que o elemento que efetivamente caracteriza o Estado Contemporâneo é a sua finalidade social. As mutações no seu interior serão objeto, pelo menos do ponto de vista de sua repercussão na formação e na modificação dos direitos, do capítulo seguinte. Por enquanto, segue-se observando, no próximo item, a forma como o Estado brasileiro se relaciona com sua destinatária, ou seja, a Sociedade brasileira, pelo menos no que diz respeito ao discurso constitucional.

## 10 Estado e Sociedade Civil na Constituição brasileira

Além dos elementos conceituais que diferenciam o Estado Moderno do Estado Contemporâneo, encontra-se no que Cesar Pasold denomina “discurso constitucional”,<sup>149</sup> um elemento capaz de precisar, ainda que convencionalmente, o momento em que se opera efetivamente essa modificação na concepção do Estado. Estão de acordo muitos autores no sentido de que a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919 – conhecida como Constituição de Weimar – foram os diplomas legais que serviram de marco histórico desta transformação.

Oportuno, portanto, verificar o “discurso constitucional” do atual Estado brasileiro e quais os instrumentos políticos e jurídicos colocados à disposição da Sociedade Civil, com vistas a garantir a relação entre ambos.

Em primeiro lugar, fica evidente o compromisso que o Estado brasileiro assume com a função social. Em seu artigo 1º, a Constituição afirma que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, além da soberania. Logo a seguir, em seu artigo 3º, o mesmo documento constitucional diz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa construir uma Sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais, além de promover o bem de todos.

Compromete-se também o Estado brasileiro com uma função social, quando a Constituição estabelece, em seu artigo 170, os princípios reitores da ordem econômica

---

<sup>149</sup> PASOLD, Cesar Luiz, op. cit., p. 43.

e enuncia entre eles os princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais.

Como reforço da promessa feita ao indicar seus fundamentos e objetivos, o Estado brasileiro fixa, no artigo 193 de sua Constituição, como disposição geral da ordem social, que esta tem “como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

Além disso, no Capítulo II (Dos direitos sociais) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da mesma Constituição, como parte dos Direitos e Garantias Fundamentais, encontram-se definidos os direitos sociais em um rol que supera, em muito, a disciplina da mesma matéria na Constituição anterior.<sup>150</sup> Neste Capítulo encontram-se algumas normas que consagram direitos coletivos, como, por exemplo, os incisos I, III e VI do artigo 8º e os artigos 10 e 11.

Chama também a atenção o disposto no Título II, em seu Capítulo I, quando trata dos Direitos e Deveres Individuais e **Coletivos**. Sabidamente, no ordenamento constitucional anterior (Constituição de 1967, Capítulo IV do Título II), somente estavam enunciados os direitos e as garantias individuais.

Todavia, de nada adiantariam os enunciados de ordem constitucional se não tivesse a Sociedade Civil (e os próprios cidadãos individualmente, embora estes não sejam objeto de preocupação no presente trabalho) instrumentos capazes de garantir a efetivação de tais direitos. Eles são a porta de acesso à “via por onde a sociedade entra no Estado”, utilizando uma figura de linguagem de Norberto Bobbio.

---

<sup>150</sup> Ver artigo 165 da Constituição de 1967.

Pode-se classificar, para efeitos didáticos, em duas ordens os instrumentos colocados à disposição da Sociedade Civil: instrumentos políticos (a) e instrumentos jurídicos (b).

Por instrumentos políticos denominam-se aqui não só as ferramentas fornecidas pelo que a Constituição da República Federativa do Brasil denomina de direitos políticos, uma vez que essa os trata de forma estrita, mas também se leva em conta a definição de José Afonso da Silva: “direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular”.<sup>151</sup>

O primeiro dos instrumentos políticos, previsto no **caput** do artigo 14 da Constituição, é o do sufrágio universal, exercido por meio do voto direto e secreto, com valor igual para todos, que, apesar de ser exercitado individualmente, representa, ao final, o resultado de uma manifestação coletiva.

José Afonso da Silva classifica como direito de participação,<sup>152</sup> outros dois importantes instrumentos políticos previstos na ordem constitucional: o plebiscito e o referendo, previstos nos incisos I e II do artigo antes referido, que são, também, de ordem coletiva, representam o exercício da soberania popular e são, igualmente, exercitados por meio do voto.

Talvez o mais importante instituto de ordem política capaz de dar operacionalidade à integração do Estado político com a Sociedade Civil, introduzido no ordenamento brasileiro pela atual Constituição, seja a iniciativa popular.<sup>153</sup> Aqui, diferentemente do que ocorre com o referendo e o plebiscito, cuja autorização e

---

<sup>151</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 305.

<sup>152</sup> Idem, *ibidem*, p. 236-237.

<sup>153</sup> Prevista no artigo 14, III e artigo 61, § 2º, da Constituição da República.

convocação, respectivamente, dependem de ato de competência do Congresso Nacional (artigo 49, XV, da Constituição de 1988), a iniciativa é mesmo da Sociedade, desde que, obviamente, preenchidos os requisitos legais, ou seja, aqueles previstos na Lei nº 6.709/98, que regula o artigo 14 da Constituição. É verdade que poderia o legislador ter vinculado a decisão final da iniciativa popular de leis à consulta plebiscitária ou do referendo, o que daria uma maior amplitude ao exercício da soberania popular. No entanto, é preciso reconhecer a importância desse instituto.

Os instrumentos jurídicos à disposição da Sociedade Civil estão previstos na própria Constituição e consistem em ações que visam a tutelar interesses da coletividade.

José da Silva Pacheco classifica essas ações em três categorias principais: “A primeira, formada pela ação de inconstitucionalidade de leis e atos, de natureza estritamente constitucional, versando matéria dessa espécie, em processo peculiar, perante tribunal próprio; a segunda, composta por aquelas que foram, não só alçadas ao nível constitucional, mas, sobretudo, enquadradas entre os direitos e garantias fundamentais, o que lhe dá conotação incomum; e a terceira, consistente das que não tiveram essa colocação especial, embora estejam inscritas na Constituição”.<sup>154</sup>

Assim, a primeira categoria é integrada pela ação direta de inconstitucionalidade e, mais recentemente, pela ação direta de constitucionalidade. Merece especial relevo a ação direta de inconstitucionalidade, pois a legitimidade para a sua propositura foi substancialmente ampliada com o advento da Constituição de 1988. Além do Procurador-Geral da República, que já a detinha na ordem

---

<sup>154</sup> PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 23.



constitucional anterior, possuem, atualmente, legitimidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Enfatiza-se, ainda, que, com a nova Constituição, a ação direta de inconstitucionalidade conheceu também a figura da declaratória da inconstitucionalidade por omissão de medida que vise a tornar efetiva norma constitucional (artigo 103 e seu § 2º da Constituição da República).

Na segunda categoria de ações, conforme a divisão feita por José da Silva Pacheco, encontram-se “Além do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), do mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e da ação popular (art. 5º, LXXIII), que já figuravam no sistema anterior [...]; o *habeas data* (art. 5º, LXXII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI)”.<sup>155</sup> Interessam, como exemplos de instrumentos da Sociedade Civil, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, por dizerem respeito às coletividades existentes na Sociedade Civil.

Ao organizar-se, por ocasião do processo de estruturação constitucional, o Estado brasileiro estabeleceu vários momentos em que, de forma expressa, afirma que a Sociedade Civil e a Sociedade Política são um todo orgânico, ainda que em alguns momentos suas funções sejam diversas e até contraditórias. A título de exemplo, devem ser lembradas algumas normas dessa natureza.

---

<sup>155</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 72.

Em seu artigo 225, a Constituição enuncia que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Esse direito é, ainda, princípio geral da ordem econômica (artigo 170, VI) e é defendido pela Sociedade, por meio dos legitimados legais, com base no artigo 1º, I, da Lei nº 7.347/85.

Encontra-se arrolado entre os direitos e garantias fundamentais o de que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII). Esse direito é também princípio geral da ordem econômica (artigo 170, V). Sua defesa está prevista no artigo 1º, II, da Lei nº 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor.

O direito consagrado no artigo 215, de que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional [...]” e reforçado no artigo 216, com a norma que reconhece constituírem “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da Sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados a manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”, é complementado pelo comando: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de [...], e de outras formas de acautelamento e preservação” (artigo 216, § 1º). Esses bens e

direitos são preservados com base no artigo 1º, III, da lei que regula a Ação Civil Pública.

No artigo 227 talvez esteja a mais importante norma nesse sentido, posto que se trata de uma afirmação de direito com caráter nítido de posituação de princípio: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, 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”. A asseguaração de tais direitos é possível com base no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 8.069/90.

A Sociedade Civil é a destinatária e, por isso, a ela cabe velar pela administração pública, como está perfeitamente determinado no artigo 37, “caput”: “A administração pública direta, indireta, fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade [...]”. Pode-se dizer, sem qualquer sombra de dúvida, que todas as chamadas ações constitucionais são instrumentos capazes de, em algum ponto, fazer operar a efetivação desta norma.

Como se salientou, esse rol é meramente exemplificativo, uma vez que na própria Constituição é possível encontrar outros interesses e direitos fixados pelo Estado e para os quais há uma previsão da colaboração da Sociedade, como, ainda de maneira exemplifica, aqueles direitos previstos nos artigos 194, 196 e 205. Todos são defendidos com base no inciso IV do artigo 1º da lei que regula a Ação Civil Pública. Não é demais consignar que esse próprio inciso, consagrado na lei ordinária, tem o condão de assegurar a defesa de quaisquer outros interesses difusos e coletivos, ainda que não previstos no ordenamento jurídico vigente.

## 11 Em síntese

Pode-se concluir, como núcleo do que foi analisado neste capítulo, que a visão do direito somente na clássica divisão do Direito em público e privado e, mais do que isso, a partir de um viés individualista, que vê o exercício do direito em contraposição ao Estado, está superada. É preciso pensar o Direito e o Estado sob um outro prisma.

Primeiramente, a concepção dicotômica do direito já não responde à atual realidade da Ciência Jurídica, como se pretende demonstrar no terceiro capítulo deste trabalho.

Segundo, quando se diz que a Sociedade Civil se relaciona com o Estado, deve-se ter presente que este inter-relacionamento não se dá sempre, embora, evidentemente, seja também uma maneira de interação de ocorrência muito comum, na forma de contraposição. Os exemplos relacionados acima demonstram que é, também – e assim deve ser –, comum o relacionamento de colaboração entre a Sociedade Civil e o Estado.

Todas as transformações no relacionamento entre Estado e Sociedade Civil – quer nos momentos de transformação absoluta, como ocorreu no surgimento do Estado Moderno e na passagem deste para o Estado Contemporâneo, quer nas modificações cada vez mais intensas e velozes experimentadas por este último – vão induzir importantes modificações no Direito, com o surgimento de direitos que eram impensáveis no interior do Estado Contemporâneo e estes, por sua vez, vão desafiar a criação de instrumentos capazes de dar-lhes a tutela devida. Os chamados “novos” direitos constituem o objeto do capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO II**

### **“NOVOS” DIREITOS: ORIGEM E CARACTERIZAÇÃO**

#### **ANALÍTICO-CRÍTICA**

##### **1 Considerações iniciais**

O título da presente tese indica deliberadamente a preocupação em demonstrar que é necessária uma adequada tutela jurídica daqueles que são hoje chamados de “novos” direitos, porque eles correspondem a direitos que decorrem da relação de cidadania. Ainda que nem todos tenham a mesma origem, em certa medida os direitos que determinaram essa nomenclatura estão relacionados com o exercício da cidadania, e a preocupação final do trabalho é demonstrar a possibilidade de defesa judicial efetiva destes com os instrumentos disponíveis no ordenamento positivo brasileiro.

É preciso esclarecer que a utilização do termo “novos” direitos, com o destaque conferido pelas aspas, quer indicar a apropriação de uma expressão que se encontra em moda, mas que, na realidade, não encontrou, ainda, entre os autores uma univocidade sobre o conteúdo que pretende denotar. Para o âmbito deste trabalho, “novos” direitos refere-se a direitos que foram enunciados muito recentemente e, por isso, não foram compreendidos em toda sua extensão. Tais direitos possuem uma gênese tradicional e sofreram uma tal transformação que já não mais guardam as mesmas características

originárias, embora sejam identificados pelo mesmo *nomen juris*; ou, por outro lado, reporta-se a direitos que ainda não foram reconhecidos ou enunciados pelo Poder Político, mas que já são realidades e necessitam urgentemente de tutela, antes mesmo de um enunciado da esfera que tradicionalmente é chamada de direito material.

Para compreender a evolução desses direitos, é necessário que se faça uma análise histórica da formação, a modificação e o reconhecimento dos direitos através dos tempos, especialmente demonstrando como eles são entendidos e enunciados conforme uma dada concepção de Estado e a conformação da Sociedade vigentes nas épocas em que se manifestam. No entanto, essa análise recairá somente no processo histórico do direito de tradição romanística, uma vez que neste sistema jurídico encontra-se a gênese do direito brasileiro.

Roberto Átila Amaral Vieira afirma que o Direito não tem história própria, visto que “cada fase de desenvolvimento da sociedade determina uma forma de organização e um Direito adequado a ambos”.<sup>156</sup>

O âmbito do trabalho não comporta, e a demonstração pretendida pela tese não exige, o esgotamento de matéria sob o ponto de vista de uma historiografia dos diversos institutos e de todos os sistemas de direito que tiveram ou têm vigência no mundo. A pretensão é somente demonstrar que toda e qualquer evolução da Sociedade Civil ou do Estado tem repercussão nos estatutos jurídicos que os regulam. Por vezes, ao tratar-se de institutos jurídicos descontextualizados das outras duas realidades com as quais estão indissoluvelmente vinculados, leva a que eles não sejam entendidos de

---

<sup>156</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 323.

forma completa e, em consequência, a tutela que lhes deveria ser assegurada também fique muito aquém do devido.

É pertinente esclarecer que estão fora da análise os direitos enunciados e assegurados pelo Sistema Penal, pois estes são direitos atribuídos ao Estado, que tem a pretensão de, através deles, garantir a paz social.<sup>157</sup>

## 2 O Direito nas Sociedades Políticas anteriores ao Estado Moderno

Alguns autores sustentam que, embora não se possa estudar a história do direito a não ser a partir de documentos escritos, os povos que não dominavam a escrita já tinham vivido uma longa evolução jurídica. Chamam a esta época de “pré-história do direito” e afirmam que ela praticamente escapa ao conhecimento dos tempos atuais.<sup>158</sup>

John Gilissen afirma que, “no momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis já existem, nomeadamente o casamento, o poder paternal e ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos a mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo”.<sup>159</sup> Esse autor observa que não se pode desde logo afirmar que o direito vigente entre os povos que não dominavam a escrita se incluía entre o que se chamou por muito tempo de “direitos primitivos”, uma vez que muitos povos experimentaram uma longa evolução em sua

---

<sup>157</sup> Essa afirmação sobre o Sistema Penal está de acordo com o discurso dogmático e a promessa do Estado e não envolve, por ser alheio ao tema do trabalho, um juízo de valoração do autor do trabalho.

<sup>158</sup> Ver GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e I. M. Macáista Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995, p. 31.

<sup>159</sup> Idem, *ibidem*.

estrutura social e jurídica, sem que tenham atingido o estado cultural da escrita. Entre eles, exemplifica, estão os maias e os incas, na América Latina.<sup>160</sup>

Fustel de Coulanges diz que durante “longas gerações as leis eram apenas orais: transmitiam-se de pai a filho com a crença e as fórmulas da oração. Constituíam tradição sagrada, que se perpetuava ao redor do lar da família ou do lar da cidade”.<sup>161</sup>

A antropologia jurídica também é rica em exemplos de sociedades estruturalmente simples, anteriores ao Estado, que possuíam um sistema normativo freqüentemente não escrito. Robert Weaver Shirley afirma que a “vantagem do estudo do direito nas sociedades simples é reduzir os seus elementos: a formação, a adjudicação, a aplicação e a execução da lei, como a reabilitação a seus elementos mais básicos, livres de burocracias complexas, ou mesmo de confusões deliberadas”.<sup>162</sup> John Gilissen também ressalta que o estudo dos sistemas jurídicos dos povos sem escrita não tem importância somente pela busca das origens do direito, mas há um grande interesse atual, posto que muitas sociedades vivem atualmente sistemas de direitos iguais aos que ora se analisa.<sup>163</sup>

São elementos característicos dos direitos dos povos sem escrita, além de serem, por óbvio, não escritos; os de serem numerosos e diversificados; e, ainda, direitos em nascimento, na medida em que não há distinção clara entre o que é jurídico e o que não é jurídico.<sup>164</sup> Mas a principal característica é a de que são direitos

---

<sup>160</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 32-33.

<sup>161</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis, op. cit., p. 153.

<sup>162</sup> SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 38.

<sup>163</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 33.

<sup>164</sup> Idem, *ibidem*, p. 35.



fortemente centrados na religião – as normas são muito mais religiosas do que efetivamente jurídicas.<sup>165</sup>

Salientam os historiadores que os documentos de natureza jurídica, escritos jurídicos, portanto, somente vieram a aparecer cerca de 3.000 anos antes de Cristo, no Egito e na Mesopotâmia.<sup>166</sup> Os direitos dessas duas regiões vão evoluir por toda a Antigüidade e terminam induzindo o nascimento dos Direitos romano e grego que, ao final, vão terminar influenciando toda a formação do chamado sistema greco-romano, à cuja tradição o direito brasileiro se filia.

Os egípcios escreveram muito pouco, ou muito pouco se conhece a respeito, sobre direito, quer do ponto de vista do que hoje se denomina doutrina, quer sobre leis ou costumes. O que se sabe é que em alguns textos encontram-se claras referências a leis, provavelmente escritas, que teriam sido elaboradas naquela época. Alguns historiadores afirmam que essas leis teriam, no Antigo Império, suplantado, inclusive, o costume. Mas alertam, de outro lado, que não se pode fazer uma análise linear do Direito egípcio, posto que ele se constitui de uma alternância de períodos individualistas e períodos feudais. Ainda é de considerar-se que havia diversidade entre os direitos das diferentes cidades que compunham essa civilização.<sup>167</sup> Lembra John Gilissen que a “ocupação persa, e mais tarde romana, deixará subsistir parcialmente este sistema jurídico, que exercerá uma influência considerável sobre o desenvolvimento dos direitos helenísticos e romanos”.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 35.

<sup>166</sup> Idem, ibidem, p. 51.

<sup>167</sup> Idem, ibidem, p. 52-56.

<sup>168</sup> Idem, ibidem, p. 56.

Também na Antigüidade teve vigência o que se convencionou chamar de “direitos cuneiformes”, que são assim denominados em razão de os povos do Próximo Oriente de então utilizarem um processo de escrita em forma de cunha ou de prego.<sup>169</sup> Não se pode falar, em verdade, em um único direito cuneiforme, uma vez que se trata de um conjunto de sistemas jurídicos de períodos e de regiões diferentes, mas que guardam entre si uma certa unidade. São exemplos, na Antigüidade, os direitos da Suméria, da Acádia, da Babilônia, da Assíria, de Mittani, de Urartu, de Alalakh e Ugarit, e, mais tarde, do reino dos Hititas. Com uma alternância de períodos menor do que o sistema egípcio, com o qual conviveu em determinado período, o sistema cuneiforme encontrou seu grande momento na época de Hammurabi. No entanto, é de observar-se que não foi somente o Código de Hammurabi que caracterizou esta época, embora seja este o texto jurídico mais conhecido e difundido. Descobertas bem posteriores, até mesmo recentes, revelaram documentos que, segundo John Gilissen, constituem “os primeiros esforços da humanidade para formular regras de direito”.<sup>170</sup> O mesmo autor, entretanto, salienta que a denominação de “códigos” é errada, “pois não contêm senão um pequeno número de disposições (30 a 60 artigos), relativas a questões de detalhe, e não uma exposição sistemática e completa do direito ou de uma parte do direito”.<sup>171</sup> Ainda que se tenham vestígios de textos mais antigos, como o Código de Urakagina, de Lagas, ou de Sulgi, em Ur, ambos provavelmente no terceiro milênio antes de Cristo, o mais antigo código até agora conhecido é o de Ur-Nammu, de cerca de 2040 antes de Cristo. Também são conhecidos os códigos de Eshnunna,

---

<sup>169</sup> Ver GILISSEN, John, op. cit., p. 58.

<sup>170</sup> Idem, *ibidem*, p. 61.

<sup>171</sup> Idem, *ibidem*.

escrito em 1930 antes de Cristo, e o de Lipit-Istar, rei de Isin, escrito em cerca de 1880 antes de Cristo. Tinham eles a função de estabelecer o direito na região da Suméria e da Arcádia. O maior e mais importante documento jurídico da época foi mesmo o Código de Hammurabi, que provavelmente foi redigido por volta de 1694 antes de Cristo e que contém 282 artigos.

Em outras regiões, como em Mari, na Assíria, e na região dos Hititas, também podem ser encontrados documentos que revelam que havia nesses locais uma importante atividade legislativa para aquela época.

A legislação dessa civilização, que se manteve um importante centro após as invasões que se seguiram à morte de Hammurabi, foi transmitida, via Babilônia, aos povos do Mediterrâneo: hititas, fenícios e especialmente, gregos e romanos.

Também importa destacar que, por muito tempo, as normas (ou as leis) dos povos da Antigüidade, agora mesmo aqueles que já as possuíam escritas, eram fundamentalmente centradas na religião. John Gilissen faz a seguinte observação sobre o Código de Hammurabi, que se encontra gravado em uma estela, atualmente conservada no Museu do Louvre, em Paris:

“Na parte superior da Estela, um baixo-relevo representa o deus-sol Samas, ‘o grande juiz dos céus e da terra’, ditando a Hammurabi as regras de direito que aí estão gravadas. Este declara, aliás, no fim do texto: ‘Hammurabi, rei do direito, sou eu a quem Samas oferece as leis’. As leis são, portanto de origem divina; o baixo relevo faz pensar em Jeová entregando o Decálogo a Moisés”.<sup>172</sup>

Analisando a civilização greco-romana, Fustel de Coulanges esclarece: “Entre os gregos e romanos, como entre os hindus, a lei surgiu, a princípio, como uma parte

---

<sup>172</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 62.

da religião. Os antigos códigos das cidades eram um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas”.<sup>173</sup> Mais adiante, esse mesmo autor vai demonstrar que o processo de feitura das leis antigas não foi fruto de atividades de homens, mas estas se apresentavam como algo muito antigo, imutável e venerável.<sup>174</sup>

Essa concepção de que as normas jurídicas têm origem divina prevalece por toda a Idade Média, mesmo que então já comece a existir uma certa separação entre o direito religioso e o direito laico, como se verá a seguir.

No século IV, a religião católica efetivamente se afirma e se impõe como religião, tornando católico todo o Império Romano, e cria um sistema jurídico próprio aplicável à comunidade dos cristãos, denominado de direito canônico, que vai conviver com o direito romano e influenciá-lo, sem, contudo absorvê-lo, instalando, assim, um sistema dualista, que vai se manter até o século XX<sup>175</sup> e que vai desenvolver institutos que até hoje estão vigentes em vários sistemas positivos de direito, entre os quais o direito brasileiro. De outro lado, também teve vigência em determinada época, na Idade Média, o direito feudal, que teve relevante papel na formação de alguns institutos jurídicos ainda vigentes e, em grande parte, na quebra do paradigma do direito de cunho religioso. Especialmente os sistemas romano (laico), canônico e feudal serão objeto de rápida análise a seguir.

Seguindo a análise do ponto de vista do direito romano, verifica-se que, no final da Antigüidade, ou seja, no século IV, o Império Romano divide-se em dois impérios,

---

<sup>173</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis, op. cit., p. 150.

<sup>174</sup> Idem, ibidem, p. 151.

<sup>175</sup> Ver GILISSEN, John, op. cit., p. 127.

quais sejam: o Império do Ocidente e o Império do Oriente. No primeiro fica Roma e no segundo ficam Constantinopla, Bizâncio e Istambul.

No século V, o Império do Ocidente foi invadido pelos povos germânicos, que desde o século III vinham adentrando parcialmente nesse território, e sucumbiu. Os povos germânicos, no entanto, não eram uma unidade e cada povo tomou uma parte do Império do Ocidente. Os visigodos instalaram-se na Península Ibérica e no Sudoeste da Gália, os burgúndios no Sudeste da Gália, os ostrogodos na Itália e os francos na Renânia e no Norte da França. Cada povo possuía um rei.

Cada um dos novos reinos então instalados era povoado por germanos, por romanos e por populações locais que haviam sido romanizadas quando das invasões que ampliaram o Império Romano.<sup>176</sup>

No entanto, os povos germanos não afastaram a aplicação do direito romano, fazendo coexistir dois sistemas de direitos: o direito romano continuou a ser aplicado entre os povos romanos ou romanizados e o direito então conhecido entre os germanos era aplicado aos integrantes desses povos. Segundo John Gilissen, esta circunstância se deve a duas razões especiais: “A diferença entre o nível de evolução do direito romano e o do direito dos povos germânicos era de tal modo grande que os invasores germanos não puderam impor o seu sistema jurídico. Além disso, os reis germânicos encontravam no direito público romano um reforço considerável de sua autoridade”.<sup>177</sup>

Então, mesmo com o desaparecimento do Império Romano do Ocidente, o seu sistema jurídico sobreviveu. Mais do que isso, o direito romano continuou se desenvolvendo entre os povos germânicos, agora não mais como o direito da época

---

<sup>176</sup> Ver GILISSEN, John, op. cit., p. 165-166.

<sup>177</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 167.

clássica, mas como um direito romano chamado de “vulgar”, porque influenciado também pelos costumes locais próprios de cada uma das regiões. Isso determinou que os reis de alguns desses povos germânicos ordenassem as compilações de direitos romanos para colocar à disposição dos juízes, que, em grande parte, não tinham conhecimento dos direitos utilizados pela população de romanos e romanizados.<sup>178</sup>

O sistema romanístico, por isso, terminou por influenciar praticamente todos os sistemas jurídicos da Europa. Mesmo o sistema da *Common Law* não escapou de sua influência. A razão dessa preponderância do direito romano está na formação da ciência do direito, nascida nas universidades a partir do século XII, que o tinha como base quase que exclusiva de seus estudos. Entre os principais elementos de estudo encontrava-se o *Corpus Iuris Civilis*, principal compilação do direito romano, da época de Justiniano.<sup>179</sup> Nesse momento ocorreu o chamado renascimento do direito romano, que havia sofrido um certo declínio, como foi visto anteriormente, quando do convívio com os direitos consuetudinários dos povos locais. John Gilissen explica quais as vantagens que o direito romano tinha sobre os direitos locais então vigentes e o que determinou sua preponderância no estudo procedido pela ciência jurídica de então:

“- era um *direito escrito*, enquanto os direitos das diferentes regiões da Europa eram ainda, na sua maior parte, consuetudinários, isto é, não escritos, com todas as conseqüências que derivam da incerteza e da insegurança do costume;  
- era *comum* a todos os mestres (com reserva de algumas variantes na interpretação); aparecia assim, e foi aliás reconhecido finalmente, como o direito comum (*ius commune*) da Europa continental;  
- era muito *mais completo* que os direitos locais, compreendendo numerosas instituições que a sociedade feudal não conhecia (ou que já não conhecia) e que as necessidades do desenvolvimento económico tornavam úteis; o direito erudito pôde assim desempenhar a função de direito supletivo para colmatar as lacunas das leis e costumes locais;

---

<sup>178</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 169.

<sup>179</sup> Idem, ibidem, p. 203.

- era *mais evoluído*, porque tinha sido elaborado com base em textos jurídicos que reflectiam a vida duma sociedade muito desenvolvida, na qual a maior parte dos vestígios das sociedades arcaicas tinham desaparecido; aparecia assim como o direito útil ao progresso económico e social, em relação às instituições tradicionais da Idade Média”.<sup>180</sup>

O renascimento do direito romano ocorreu no momento mais importante para a formação dos direitos europeus e no curso de uma verdadeira revolução nas concepções jurídica, política, económica e social. Mais uma vez é de utilizar-se aqui a lição de John Gilissen sobre essa revolução:

“a) Passa-se dum sistema ‘irracional’ para um sistema ‘racional’ de direito. Esta transformação analisa-se mais facilmente na evolução da prova; em lugar de provas ‘irracionais’ entre as quais se conta a intervenção de Deus ou de outros elementos sobrenaturais para dizer quem tem razão (ordálios, julgamentos de Deus, juramentos, etc.), procura-se estabelecer a verdade por meios ‘racionais’ de prova (inquérito, testemunho, actos reduzidos a escrito, etc.). Duma maneira geral, o arbítrio dá lugar à justiça.

b) O reforço do poder de certos reis e senhores faz desaparecer a anarquia do regime feudal, baseado na força, na violência e na submissão do homem pelo homem. Os que exercem o poder tendem a manter a ordem e a paz pelo desenvolvimento da sua polícia e da sua justiça. Assim se formam os embriões dos Estados modernos, tanto nas mãos de um rei que consegue submeter um vasto território à sua autoridade (França, Inglaterra, Espanha), como nas de um grande senhor que consegue manter a quase-independência do senhorio (ex. conde de Flandres, duque de Brabante, príncipe-bispo de Liège, conde do Toulouse, duque da Baviera, etc.).

c) A economia fechada do regime dominial da época feudal é substituída por uma economia de troca que, a partir do século XII, se estende a toda a Europa Ocidental e Central (por exemplo, relações comerciais da Itália com a Flandres, passando pelas feiras de Champagne). As cidades desempenham um papel considerável nesse desenvolvimento económico; dão origem a um novo sistema jurídico, o direito urbano, caracterizado pela igualdade jurídica dos membros da comunidade urbana (os burgueses) e pela formação de regras próprias das instituições novas nascidas do comércio e da indústria (direito comercial, direito industrial, direito social).

d) Até o século XIII, o costume tinha permanecido a fonte quase exclusiva do direito nas diferentes regiões da Europa; coexistiam milhares de costumes diferentes, tendo cada senhorio, cada domínio (isto é, na realidade, frequentemente, cada aldeia) o seu próprio costume. A partir do século XIII, a lei tende a suplantiar o costume, por natureza conservador; é por via legislativa (leis dos reis, dos grandes senhores, das cidades) que as novas regras são, senão introduzidas, pelo menos confirmadas e

---

<sup>180</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 203.

generalizadas. A história dos direitos europeus dos séculos XIII ao XVIII é um lento declínio do costume em benefício da lei como fonte de direito”.<sup>181</sup>

Essa revolução no âmbito do direito descrita por John Gilissen corresponde exatamente ao momento em que ocorre a mudança das sociedades estamentais para o Estado Moderno, como visto no capítulo anterior.

Já é nesse contexto de sedimentação de um direito que se transforma com a modificação do sistema político dos países europeus que o Brasil é descoberto e recebe integralmente o Direito português, de tradição eminentemente romanista. Esse direito, em grande medida, ainda é a base de uma gama considerável de direitos interindividuais até hoje vigentes no Brasil.

Antes de passar-se ao estudo da formação dos direitos em face à nova concepção jurídica descrita acima, não se pode deixar de tratar, ainda que de forma sintética, da influência do direito canônico e da vigência do direito feudal em determinado momento da Europa Ocidental, uma vez que ambos tiveram influências importantes na formação do direito que chegou até os dias atuais no sistema jurídico brasileiro.

O direito canônico é um direito religioso, aplicável entre os cristãos, mas é especialmente um direito da Igreja católica. Assim, como todo o direito de cunho religioso, suas normas advêm de preceitos divinos, revelados nos livros sagrados. Os livros sagrados desse direito são o Antigo e o Novo Testamento. Tal direito tem vigência entre os que adotam a religião cristã, onde quer que se encontrem.

---

<sup>181</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 205.



Esse sistema de direito teve uma importância considerável na Idade Média, por uma série de fatores. Seguindo a lição de John Gilissen, pode-se apontar vários fatos determinantes.

Em primeiro lugar, salienta-se o caráter ecumênico da Igreja católica. Como desde o início o cristianismo coloca-se como a única religião verdadeira para todos os homens, a Igreja pretende impor sua concepção ao mundo inteiro. Ainda que não tenha conseguido atingir essa pretensão, é certo que ela se espalhou por toda a Europa e, como tinha um caráter universalista, imprimiu em seu direito um caráter unitário. Isso fez com que, ainda que tivesse coexistido com enorme quantidade de costumes laicos, nunca tivesse perdido sua unidade. Contribuiu para isso, também, a unidade de interpretação que era feita pelo próprio papa.

Outro ponto importante é que certos institutos do direito privado foram regidos exclusivamente pelo direito canônico, por muitos séculos, até mesmo entre aqueles que não professavam a religião católica. Os conflitos relativos a esses institutos eram resolvidos pelos tribunais eclesiásticos e não pela jurisdição laica. Essa circunstância ocorria especialmente em relação àqueles institutos que diziam respeito aos sacramentos, como ocorria em relação ao casamento – que é um dos sacramentos – e todas as matérias conexas, como esponsais, divórcio e legitimidade dos filhos. Isso explica a afirmação de que “o direito canônico está na base de numerosas disposições do direito civil moderno”.<sup>182</sup>

Mais uma característica que determina a importância do direito canônico na Idade Média é de ter sido durante a maior parte daquele período o único direito escrito,

---

<sup>182</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 134.

enquanto o direito laico permaneceu praticamente consuetudinário. Isso fez com que o sistema escrito se difundisse largamente por toda a Europa e recebesse uma compilação e uma sistematização que ultrapassaram seu próprio tempo, vindo a refletir em institutos vigentes até os dias atuais.

Outra consideração importante, decorrente da circunstância anterior, é que o direito canônico tornou-se objeto de trabalhos doutrinários muito antes que o direito laico, tendo havido a construção de uma ciência do direito canônico que terminou exercendo profunda influência quando da construção da ciência do direito laico.

Mas é também de salientar-se uma outra característica do direito de origem cristã: é que a Igreja, diferentemente dos demais direitos de origem religiosa, sempre reconheceu uma ordem jurídica de origem laica e admitiu (ainda que não sempre) a dualidade dos dois sistemas jurídicos.<sup>183</sup>

A extensão da competência dos tribunais eclesiásticos também para os leigos durante grande parte da Idade Média vai ser igualmente importante na influência do direito canônico sobre os direitos da Europa Ocidental.

Seguindo a doutrina cristã, especialmente pelas recomendações constantes das Epístolas de São Paulo, aqueles que professavam tal crença deveriam resolver seus conflitos pela conciliação ou, caso fosse impossível essa prática, seria aconselhável recorrer à arbitragem da comunidade cristã, o que evitava a interferência de juízes romanos não cristãos e, ao mesmo tempo, os tornava submissos à autoridade disciplinar dos chefes religiosos, especialmente porque a excomunhão era a pena máxima para quem não se submetesse à decisão do árbitro religioso.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> Ver GILISSEN, John, op. cit., p. 133-135.

<sup>184</sup> Idem, ibidem, p. 138-139.

Posteriormente, Constantino conferiu valor de decisão às eclesiásticas, igualando-as a um julgamento realizado pelos tribunais laicos. Nos séculos IV e V, os imperadores romanos reconheceram a competência dos bispos para todas as infrações penais puramente religiosas ou espirituais, ou seja, para aquelas que dissessem respeito à fé, aos dogmas, aos sacramentos, à disciplina da própria Igreja. Ainda nesse mesmo século V foi reconhecido aos membros do clero o privilégio de foro, que consistia em que eles deveriam ser julgados, em matéria penal ou civil (salvo algumas exceções), pelos tribunais eclesiásticos. Esta regra, ampliada posteriormente, teve vigência em toda a Idade Média. Quando se acentua a confusão entre os âmbitos temporal e espiritual, a Igreja passa a tomar conta de algumas questões temporais, em especial das matérias conexas com questões religiosas, sobretudo aquelas que dizem respeito aos sacramentos, ampliando, assim, a jurisdição eclesiástica.<sup>185</sup>

Na mesma época em que há a laicização das sociedades políticas, ou seja, no contexto que determinou o nascimento e a sedimentação do Estado Moderno, no curso do século XVI, o direito canônico entrou em declínio e foi deixando de desempenhar o papel que desempenhou na Idade Média, recuando, cada vez mais, para as questões meramente religiosas. As causas desse declínio foram múltiplas, mas, fundamentalmente, são apontadas a eclosão da Reforma e a mudança de paradigma da sociedade política.<sup>186</sup> Ainda hoje o direito canônico é aplicável aos cristãos, mas ele somente opera nas questões religiosas e não afasta, em qualquer hipótese, o direito positivo dos diversos Estados, ainda quando nestes a religião católica seja aquela mais professada.

---

<sup>185</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 139.

<sup>186</sup> Idem, ibidem, p. 141-142.

Também parece importante fazer-se aqui uma breve análise do denominado direito feudal, posto que esse direito influenciou os sistemas jurídicos da Europa Ocidental. Em Portugal o feudalismo não teve a mesma expressão que em outras regiões da Europa de então, em razão de ele se manter cristão na época do apogeu do regime feudal.<sup>187</sup> Aliás, parece ser preciso tomar um certo cuidado com a afirmação de que o sistema feudal teve reduzida importância em Portugal, uma vez que neste país, além de ter havido algumas peculiaridades, o termo “feudo” foi substituído pelo termo *préstamo*, que tem o sentido de empréstimo.<sup>188</sup>

Há autores que, ao tratarem do feudalismo, o fazem considerando fenômenos semelhantes ocorridos na China, na Índia, no Império Otomano e, até mesmo, em determinado momento no Império Romano. No entanto, Paolo Colliva delimita essa realidade como “fenômeno tipicamente europeu-ocidental, que viveu sua aurora concreta na época carolíngia (séculos VIII-IX) e conheceu seu definitivo ocaso – como sistema de Governo local – na época da Revolução Francesa”.<sup>189</sup> É esta última acepção que configura o objeto da análise que ora se procede.

John Gilissen ensina:

“O feudalismo é caracterizado por um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem e o feudo. Nas relações feudo-vassálicas, a vassalagem é o elemento pessoal: o vassalo é um homem livre comprometido para com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e a dar-lhe ajuda e conselho (*consilium et auxilium*), enquanto o senhor lhe deve proteção e manutenção. A ajuda é geralmente militar, isto é, o serviço a cavalo, porque a principal razão de ser do contrato vassálico para o senhor é poder dispor duma força armada composta por cavaleiros.

---

<sup>187</sup> Ver GILISSEN, John, op. cit., p. 188; VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 336-338; COLLIVA, Paolo. Verbete “Feudalismo”. In: BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 490-493.

<sup>188</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 188-189.

<sup>189</sup> COLLIVA, Paolo, op. cit., p. 490.

O feudo é o elemento real nas relações feudo-vassálicas; consiste numa tenência, geralmente uma terra, concedida gratuitamente por um senhor ao seu vassalo, com vista a garantir a manutenção legítima e dar-lhe condições para fornecer ao seu senhor o serviço requerido”.<sup>190</sup>

O direito feudal, então, limitava-se às relações feudo-vassálicas e entre os senhores feudais com os servos, o que gerava uma relação entre homens. Não havia qualquer necessidade de desenvolvimento de outros institutos jurídicos, até porque desaparece nesse momento a organização política.

A fonte do direito feudal é, por isso mesmo, o contrato. Nesse sistema os pactos raramente eram reduzidos a escrito, o que determinou que eles fossem fundados especialmente no costume.

De outro lado, o poder de julgamento passou das mãos dos reis ou dos tribunais eclesiásticos para as dos vassalos e subvassalos,<sup>191</sup> mas o senhor feudal, na relação com o servo, tinha tal poder que, uma vez estabelecido o benefício, este passava a ser “tratado como parte inseparável da gleba, e o senhor feudal adquiria, sobre ele e sua família, o direito de vida e de morte, podendo assim estabelecer as regras de seu comportamento social e privado”.<sup>192</sup> Nesse sentido, Wilson de Souza Campos Batalha lembra que na vigência do direito feudal os “servos da gleba pertenciam à propriedade, estavam ligados irrevogavelmente à terra. Não podiam levar armas de guerra; não podiam dispor nem de si nem de suas coisas; vendiam-se, doavam-se ou permutavam-se com as terras e contentavam-se em levar existência miserável”.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 189.

<sup>191</sup> Idem, ibidem, p. 190-191. O vassalo não se confunde com o servo, pois aquele “é um homem livre comprometido com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e dar-lhe ajuda e conselho [...] enquanto o senhor lhe deve proteção e manutenção”, e este é o trabalhador da terra.

<sup>192</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 69.

<sup>193</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao estudo do direito: os fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 575-576.

Roberto Átila Amaral Vieira entende que o feudalismo consistiu “um salto na evolução das relações de trabalho, na medida em que determinou o desenvolvimento dos *trabalhadores livres*”.<sup>194</sup> Mas entende, de outro lado, que “a característica principal do feudalismo reside no fato de a coerção responsável pela sujeição dos servos aos senhores feudais situar-se no ‘nível ideológico’ das respectivas sociedades. Aqui o trabalhador direto tem sob seu domínio os instrumentos de trabalho e, embora adstrito à terra, não é ‘coisa’ como o escravo”.<sup>195</sup> Essa afirmação, no entanto, não pode ser tomada de forma absoluta, uma vez que o que efetivamente garantia a coerção era o domínio do senhor feudal sobre o servo, como ficou claro acima na lição de Dalmo de Abreu Dallari.<sup>196</sup>

Bem lembra Dalmo Dallari, que muito já se escreveu sobre a Idade Média. Alguns a classificam “como a *noite negra* da Humanidade”, enquanto outros a glorificam “como um extraordinário período de criação, que preparou os instrumentos e abriu os caminhos para que o mundo atingisse a verdadeira noção do *universal*”.<sup>197</sup>

O que é inegável é que o Estado Medieval, marcado indelevelmente pelo sistema feudal e, em conseqüência, pelo direito medieval, foi o “germe da criação do Estado Moderno”.<sup>198</sup> Com o florescimento do Estado Moderno, analisado mais demoradamente no primeiro capítulo, transformou-se a estrutura jurídica, o que gerou a oportunidade do advento de uma nova ordem. Nesse sentido, veja-se a seguinte lição de John Gilissen:

---

<sup>194</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 336.

<sup>195</sup> Idem, ibidem, p. 336-337.

<sup>196</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 69.

<sup>197</sup> Idem, ibidem, p. 66.

<sup>198</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 70.

“Sob a influência das idéias políticas dos pensadores dos séculos XVII e XVIII, os sistemas jurídicos existentes sofrem transformações capitais. As Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) concretizam as idéias novas nos textos de constituições e de leis. Os últimos vestígios de feudalismo desaparecem, com algumas excepções apenas; as liberdades públicas garantem os direitos subjectivos dos cidadãos, livres e iguais perante o direito; a soberania passa das mãos dos reis e dos príncipes para a Nação; a unificação do direito prossegue no quadro estatal. Cada Estado soberano tem o seu próprio direito, fixado por órgãos legislativos; a lei torna-se, quase por toda a parte, a fonte principal do direito.

[...]

Nos outros Estados europeus, os direitos continuam romanistas, ainda que a influência directa do direito romano tenha cessado em França a partir dos finais do século XVIII, na Alemanha, ela persiste até 1900. Os direitos de certos Estados europeus (Espanha, França, Portugal, Países Baixos, Bélgica, etc.) são exportados para as suas colónias”.<sup>199</sup>

Ainda que já se tenha afirmado acima que o direito feudal pouco influenciou o direito português, posto que este permaneceu preponderantemente romano, tendo em vista que o Estado manteve-se sob o domínio dos cristãos durante a vigência daquele direito, especialmente entre os povos de origem germânica, o que tornaria praticamente sem importância seu estudo para a análise de institutos do direito brasileiro, não se pode desprezar esta resumida análise, uma vez que do sistema jurídico feudal, como ficou claro acima, é o primeiro momento de ruptura absoluta da identificação da norma jurídica com normas de carácter religioso. Mesmo quando, em momentos outros, houve coexistência entre um direito laico e um direito fundado em revelações divinas, aquelas normas tinham algum fundamento de validade em um poder que estava acima de quem o detinha.

No direito medieval, no entanto, as normas vigentes na relação feudo-vassálica eram fundadas no contrato e aquelas que envolviam o senhor feudal e os servos eram

---

<sup>199</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 131.

simplesmente o poder exercido por este, seja o poder econômico, seja o poder “militar” – este assegurado pelos vassallos.

Essa, para os fins do que se pretende demonstrar ao final, é a principal influência que o direito medieval legou ao direito que teve vigência no Estado Moderno. Aliás, como ficou demonstrado no capítulo anterior, a própria estrutura do Estado, em seu nascimento, foi fundada nestas duas circunstâncias: força, no Estado absoluto; contrato, no Estado do pacto social.

Deve-se, então, vistas as formas de manifestação do direito nas sociedades que no primeiro capítulo foram nominadas de organizações políticas anteriores ao Estado Moderno, passar-se ao estudo das concepções jurídicas característica desta Sociedade Política e da formação dos institutos jurídicos que então tiveram vigência.

### **3 A concepção individualista e a gênese dos direitos civis, políticos e sociais**

Com o advento das concepções filosóficas e políticas que vieram a determinar o surgimento do Estado Moderno, houve, dada a evidente relação entre ambos, uma radical modificação na forma de manifestação dos direitos, ou de conceberem-se os direitos nas suas manifestações e no seu reconhecimento. Como diz José de Oliveira Ascensão, “A partir do Renascimento quebra-se a unidade espiritual do Ocidente e os princípios tradicionais vão ser postos em causa. O Direito Natural sofrerá também com esta mudança de base”.<sup>200</sup> Exemplificando com o pensamento de Thomas Hobbes,

---

<sup>200</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 149.



afirma o mesmo autor que, “Uma vez concluído o contrato social, todo o direito é a vontade do Estado, são as leis”.<sup>201</sup>

Wilson de Souza Campos Batalha registra, seguindo na mesma senda, que a “Renascença constituiu movimento global, nas artes, no conhecimento, na moral e no direito. Os homens, convencidos de sua auto-suficiência intelectual, após o esboroar dos vínculos medievais, procuraram estruturar de novo a sua realidade cultural e sua conjuntura histórica”.<sup>202</sup>

Como ficou demonstrado no primeiro capítulo desta tese, foi exatamente no Renascimento que o Estado Contemporâneo teve o seu florescimento. Dada a já afirmada ligação necessária entre a concepção e a realidade estatal com a concepção e realidade jurídica, não tinha como não ocorrer, como ocorreu com o Estado, uma profunda ruptura na estrutura jurídica vigente no Estado Moderno em relação ao direito vivenciado pelas Sociedades políticas anteriores ao Estado.

As características do direito que então surge, em consequência, seguem as mesmas que informam a nova Sociedade Política. O que se quer chamar a atenção é para o fato de que é exatamente o direito vigente durante o Estado Moderno que vai reconhecer, enunciar ou consolidar os direitos civis e que estes direitos possuem como principal característica a de serem de ordem eminentemente individualista.

São individualistas os direitos dessa época, como, e porque, individualista é a concepção do Estado absoluto ou do pacto social. As normas que emanam do Estado

---

<sup>201</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit. Este autor observa, no mesmo local, que a negação absoluta do direito natural não foi unânime na época do Renascimento e exemplifica com Hugo Grócio, que marcou a transição para a Escola Racionalista do direito natural. No entanto, há convir-se que, mesmo que o racionalismo do direito natural o leve à exacerbação, ele não mais corresponde ao direito natural de ordem divina vigente até o final da Idade Média, uma vez que agora ele se funda não em Deus mas na razão humana.

<sup>202</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 530.

tendem, então, a assegurar o direito de cada um daqueles indivíduos que renunciam parte de seus direitos, entre eles parte do mais significativo, que é a liberdade, para criar o ente político.

Sobre o tema, é importante a seguinte lição de José de Oliveira Ascensão analisando o pensamento de John Locke:

“Por um lado, aparece nele claro o que vai ser uma característica do iluminismo: o assentar o direito natural nos direitos naturais dos indivíduos. A isto levam preocupações individualistas vindas da Renascença. Atendia-se primeiro ao indivíduo, e nele se encontravam necessariamente direitos: direitos e não deveres, note-se. Estes direitos originários, que poderiam aparecer como limites à actividade do Estado, eram em todo o caso prévios ao Direito Natural tomado por si. As situações jurídicas subjectivas seriam anteriores à regra. Por isso se desenvolvem posteriormente as declarações de direitos, que chegam até hoje. Quanto ao Direito Natural, ele não é um pressuposto, como os direitos naturais, é posteriormente criado pela razão, tendo em conta nomeadamente esses direitos que estão gravados nos indivíduos”.<sup>203</sup>

A noção de individualismo como nota principal do pacto social encontra-se claramente nesta passagem de Jean-Jacques Rousseau: ““Encontrar uma forma de associação que defenda a proteja de tóda a fôrça comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente’. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social”.<sup>204</sup>

As chamadas declarações de direitos objetivavam assegurar aos cidadãos muitos direitos até então não conhecidos na Antigüidade ou na Idade Média. Ocorre, no entanto, que, mesmo antes de tais declarações, alguns outros direitos que já estavam sedimentados e eram preexistentes ao Estado mudaram completamente de perfil com o

---

<sup>203</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., p. 150.

<sup>204</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, op. cit.

advento deste. Far-se-á a seguir, somente de forma exemplificativa, uma análise de alguns direitos que sofreram mudança significativa.

Evidente que a propriedade imobiliária, com o fim do sistema feudal, foi ganhando outros contornos. Deixou de ser a propriedade que envolvia a relação do senhor proprietário de dispor, inclusive, dos servos que lhe “pertenciam” em decorrência do próprio direito de propriedade. Essa evolução atingiu seu momento mais expressivo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Sobre este momento, diz Wilson de Souza Campos Batalha:

“Consagrando os princípios filosóficos do século XVIII, estabelecendo, individualisticamente, direitos naturais, anteriores e superiores à organização social, que, sob pretexto algum, poderiam as leis ignorar ou postergar [...], a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, inscreveu, em caráter solene e com expressões claras, a propriedade como um dos direitos fundamentais. Esse princípio dominou todo o Direito Intermédio”.<sup>205</sup>

A Declaração acima referida estabelecia o fim dos privilégios e consagrava as liberdades, relacionava os direitos fundamentais (liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão) e especificava que tais direitos somente encontravam limites em direitos semelhantes dos outros. Pois bem, no que se referia à propriedade, o seu artigo 17 estabelecia seu caráter inviolável, ressalvando apenas a desapropriação por necessidade pública mediante prévia indenização.<sup>206</sup>

Sabidamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não constituiu documento que tenha tido reflexo somente na França, mas espalhou-se para os povos do Ocidente e veio a influenciar em grande parte os sistemas políticos e jurídicos de

---

<sup>205</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 578-579.

<sup>206</sup> Idem, ibidem, p. 579-580.

então. Aliás, essa era mesmo a pretensão da Assembléia francesa que afirmou: “Queremos fazer uma declaração para todos os homens, para todos os tempos e para todos os países, queremos fazer uma declaração ao mundo”.<sup>207</sup> O mesmo ocorreu, posteriormente, com o Código Civil francês de 1804, denominado Código Napoleão, que tratou a propriedade seguindo os termos da Declaração e, já então, da própria Constituição de 1791. Wilson de Souza Campos Batalha diz com precisão: “Nascido no período áureo do individualismo, o Código Civil francês, acompanhado pelos demais que lhe seguiram o roteiro, definia em seu art. 544, como o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se fizesse uso proibido pelas leis e pelos regulamentos [...]”.<sup>208</sup>

Fazendo referência ao Código Civil francês de 1804, John Gilissen também leciona no mesmo sentido que “A propriedade, considerada como um direito ‘natural’, ‘um direito inviolável e sagrado’ pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789, é um direito absoluto, exclusivo, quase ilimitado, o proprietário dispõe livremente de seus bens”.<sup>209</sup>

Tratando da propriedade, ensina Caio Mário da Silva Pereira que o Código Napoleão, “que serviria de modelo a todo um movimento codificador no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de ‘código da propriedade’”.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Ver GILISSEN, John, op. cit., p. 425.

<sup>208</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 586.

<sup>209</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 646.

<sup>210</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 66. (Vol. IV).

Essa noção de direito de propriedade levando em conta a relação meramente individualista, ou seja, da relação da propriedade levando em conta somente as formas de aquisição e que tinham como única limitação o direito de vizinhança, o mau uso do imóvel – que também tinha a característica de constituir-se em ameaça ao direito do vizinho – ou de alguma necessidade do ente estatal, foi conhecida no direito brasileiro, tanto no tempo em que tiveram vigência as ordenações, como é ainda clara no texto do Código Civil – embora hoje esses dispositivos estejam modificados especialmente pela ordem constitucional em vigor.<sup>211</sup>

Sob a influência do Código Napoleão, o Código Civil brasileiro de 1916 não definiu propriamente a propriedade, mas enunciou, em seu artigo 524, os poderes do proprietário da seguinte forma: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.<sup>212</sup>

Não se pode desconhecer, no entanto, que em grande parte do direito romano a propriedade teve um tratamento muito próximo ao que viria a ser tal direito no interior do Estado Moderno. Ocorre que durante a Idade Média o direito romano, especialmente entre os povos germânicos, é afastado pelo direito feudal e somente renasce mais tarde, com a formação da ciência do direito.<sup>213</sup>

Uma conclusão que interessa para a demonstração do objeto da tese é a de que há uma profunda transformação durante toda a história evolutiva da propriedade e, na ruptura determinada pela passagem do direito existente nas sociedades pré-estatais

---

<sup>211</sup> Ver PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 17-23. (XI t.).

<sup>212</sup> Artigo 524 do Código Civil.

<sup>213</sup> Ver GILISSEN, John, *op. cit.*, p. 203.

para o direito do Estado Contemporâneo, essa transformação adquiriu contornos e características marcantes. Então, com o fim do sistema feudal, esse direito mudou sua configuração e, por exemplo, deixou de ter como decorrência automática a disposição sobre a vida dos servos, porém ela se manteve absolutamente individualista, levando a que o proprietário pudesse dela dispor de forma absoluta, somente recebendo pouquíssimas limitações, decorrentes, em grande medida, de direitos igualmente individuais.

Há uma total divergência entre os historiadores sobre a existência e/ou as características do direito das obrigações entre as sociedades primitivas.<sup>214</sup> Na denominada alta Antigüidade, vai-se encontrar no Código de Hammurabi disposições sobre a possibilidade de entrega da mulher e do filho como garantia de dívida e a do devedor submeter-se à escravidão.<sup>215</sup> No direito romano o conceito de obrigações já é tido como bastante avançado, mesmo nos primeiros tempos, pois já se encontrava estabelecida a diferença entre os direitos de crédito e os direitos reais, determinando que aquele é o vínculo que liga um devedor a um credor. Mais tarde evoluiu para diferenciar entre as obrigações de dar, fazer e receber. Nessa época, no entanto, a relação de pessoalidade do vínculo fazia com que o devedor respondesse com o próprio corpo pelo seu cumprimento, estabelecendo-se o poder do credor sobre ele a ponto de chegar-se à escravidão para o resgate da dívida.<sup>216</sup> Acima de tudo, no entanto, é importante salientar que os contratos de então obedeciam a um formalismo indispensável para sua validade.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> Ver BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 623-624; PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 7-8.

<sup>215</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 625.

<sup>216</sup> Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 7.

<sup>217</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 731.

O sistema feudal, que foi desfavorável ao comércio, também não favoreceu o desenvolvimento dos contratos. Nessa época os “contratos reduziam-se às concessões de feudos, às concessões enfitêuticas, às doações aos mosteiros ou aos senhores feudais”.<sup>218</sup> Mas os contratos de então, no entanto, continuam a ser reais ou formais e, na maior parte das vezes, formam-se pela entrega da coisa, como ocorre na compra e venda.<sup>219</sup>

Com o surgimento do consensualismo, que teve origem no direito canônico e na prática costumeira dos séculos XII e XIII, e segundo o qual o consentimento das partes basta para formar o contrato, firma-se um novo direito obrigacional diverso daquele formal vigente no direito romano e no regime feudal. O consensualismo vai obter uma aceitação maior “a partir da Idade Média quando é certo que o individualismo suplanta a concepção comunitária do direito”, a partir da doutrina da autonomia da vontade dos contraentes, que “surge com o Humanismo e com a Reforma, no séc. XVI, tornando-se corpo doutrinal a partir do séc. XVII, com a Escola do Direito Natural”. Consagra esta doutrina o entendimento de que “Cada indivíduo, enquanto sujeito de direito, goza da liberdade de se obrigar ou não, sendo pela sua vontade consciente que ele se obriga”.<sup>220</sup>

Do ponto de vista do instrumento legal que consagrou esses princípios e determinou a mudança substancial, Wilson de Souza Campos Batalha descreve:

“Após a Revolução Francesa, orientada pela concepção individualista liberal burguesa, o Código Napoleão consagrou o princípio da liberdade formal. Como pondera Giole Solari (ob. cit. I, p. 230), a soberania quase absoluta reconhecida pelo art. 1.134 à

---

<sup>218</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 633.

<sup>219</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 734.

<sup>220</sup> Idem, *ibidem*, p. 735-737.

vontade das partes na formação e resolução do vínculo obrigatório, o próprio nome de lei dado à convenção nascida da iniciativa individual, a fórmula do art. 6º que implica o poder de derogar a lei mediante convenções, desde que não haja ofensa à ordem pública e aos bons costumes, constituem a consagração do princípio da liberdade individual, perante que o legislador se inclina sempre que não se encontre em jogo um evidente e imprescindível interesse social”.<sup>221</sup>

Vale a pena também lembrar a profunda modificação ocorrida no direito decorrente da paternidade, especialmente no que se refere ao denominado pátrio poder.

Fustel de Coulanges diz que as “leis gregas e romanas reconheceram ao pai aquele poder ilimitado de que a religião o revestira a princípio”.<sup>222</sup> Nessa época, portanto, o pai detinha tal poder sobre os filhos que era a um tempo chefe da família e chefe supremo da religião doméstica, o que lhe dava, com exclusão de todos os demais membros da família, o poder de reconhecer ou rejeitar o filho ao nascer; de casar a filha, o que representa ceder a outro o poder que tem sobre ela, ou casar o filho para garantir a perpetuação da família; de excluir o filho do culto familiar por meio da emancipação ou introduzir um estranho pela via da adoção; e de nomear tutor ao filho para quando adviesse sua morte. Tinha, ainda, a titularidade absoluta da propriedade de toda a família, não tendo os filhos nada que fosse deles. Por fim, o pai detinha o poder da administração da justiça familiar e esse direito de jurisdição que o chefe de família exercia em sua casa era total e sem apelação, podendo, inclusive, “condenar à morte” e “nenhuma autoridade tinha o direito de modificar sua sentença”.<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 633.

<sup>222</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis, op. cit., p. 71.

<sup>223</sup> Idem, ibidem, p. 71-74; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 275. 341 p (2 v.); GILISSEN, John, op. cit., p. 610-611.



Essa descrição feita por Fustel de Coulanges para as cidades greco-romanas, segundo John Gilissen, pode ser aplicável para a “maior parte dos direitos arcaicos e antigos”.<sup>224</sup>

Os autores reconhecem a existência e uma progressão lenta mas significativa no interior do direito romano, no sentido de uma atenuação do absolutismo do direito do pai de família,<sup>225</sup> mas John Gilissen observa, no entanto, que, “apesar do abrandamento dos costumes e das restrições jurídicas à *patria potestas*, os filhos e as filhas continuaram, em toda a história do direito romano, submetidos ao poder do pai (ou avô), desde que estes vivessem, não existindo emancipação por idade”.<sup>226</sup>

Por influência das idéias cristãs, a evolução do direito decorrente da paternidade começa a sofrer alterações significativas, como, por exemplo, o estabelecimento de vedações para que o pai rompa arbitrariamente o laço que o une ao filho, que o mate ou que o venda como escravo. Mas essas mesmas idéias, no entanto, estabeleceram uma profunda diferença entre os filhos nascidos dentro ou fora da casamento, fazendo com que estes últimos encontrassem uma série de restrições de direitos.<sup>227</sup>

A modificação iniciada com o cristianismo, que foi limitando progressivamente o poder paternal, especialmente por obra do direito canônico, atinge o grau de uma ruptura substancial com as teorias jusnaturalistas, o que terminou induzindo uma mudança que foi consagrada nas legislações advindas após a Revolução Francesa.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 610.

<sup>225</sup> Idem, ibidem, p. 611; MONTEIRO, Washington de Barros, op. loc. cit.

<sup>226</sup> GILISSEN, John. op. loc. cit.

<sup>227</sup> Idem, ibidem, p. 613-614.

<sup>228</sup> Idem, ibidem, p. 617-620.

Mas cumpre observar que, mesmo diante dessa evolução, no Código Civil francês de 1804 o pátrio poder, como informa John Gilissen, teve a seguinte característica:

“O pai mantém um vasto poder de correção; se há motivos muito graves de insatisfação pela conduta do filho, pode mandar detê-lo durante um mês, desde que a sua idade não exceda os dezesseis anos; a pedido do pai, o presidente do tribunal de primeira instância deverá proferir a ordem de prisão; se o filho tem mais de dezesseis anos e menos de vinte e um, o pai pode requerer a sua detenção durante seis meses ou mais, mas neste caso o presidente do tribunal pode recusar-se a emitir a ordem de prisão ou pode abreviar o tempo de detenção requerido pelo pai [...]”.<sup>229</sup>

Até agora, o que ficou demonstrado é que, com a passagem das Sociedades Políticas anteriores ao Estado para a Estado Moderno, ocorreu a transformação de direitos reconhecidos anteriormente. Essa mudança determinou uma alteração tão intensa na essência desses direitos que se pode dizer que se tratava de outra ordem de direitos. No entanto, em razão mesma da nova realidade do Estado, alguns direitos até então nem sequer pensados vieram a ser reconhecidos e consagrados nas legislações que se seguiram.

Esse momento é identificado como aquele em que houve o reconhecimento e a tutela dos chamados direitos individuais. Sobre esses direitos diz José Alcebíades de Oliveira Júnior:

“[...] os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano,<sup>230</sup> esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele cidadão, com correspondência com a afirmação da

---

<sup>229</sup> GILISSEN, John, op. cit., p. 620.

<sup>230</sup> Refere-se aqui o autor citado a Norberto Bobbio.

teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional”.<sup>231</sup>

É ainda sob a vigência do Estado Moderno<sup>232</sup> que se sedimentaram os direitos políticos, que integram ainda, no esquema conceitual dos direitos correlacionados com determinadas épocas históricas, a segunda geração de direitos.

T. H. Marshall afirma: “A história dos direitos políticos difere tanto no tempo como no caráter. O período de formação começou, como afirmei, no início do século XIX, quando os direitos civis ligados ao *status* de liberdade já haviam conquistado substância suficiente para justificar que se fale de um *status* geral de cidadania”.<sup>233</sup>

É neste mesmo sentido a seguinte lição de Celso Lafer:

“Na evolução do liberalismo o individualismo ver-se-ia complementado pelo reconhecimento, não contemplado na Declaração de 1789, dos direitos individuais exercidos coletivamente. É a liberdade de associação, reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana, que permitiu o aparecimento dos partidos políticos e dos sindicatos. Com efeito, no caso, trata-se de direitos que só podem ser exercidos se várias pessoas concordarem em utilizar seus direitos na mesma e convergente direção – por exemplo, associando-se a um partido político, a um sindicato ou concordando em fazer uma greve. Os direitos individuais exercidos coletivamente incorporaram-se, no correr do século XIX, à doutrina liberal, que neles reconheceu um ingrediente fundamental para a prática da democracia e, conseqüentemente, um dado importante na interação entre governantes e governados, que favorece, *ex parte populi*, a liberdade ao ensejar o controle do todo político-econômico-social pelos governados”.<sup>234</sup>

Ainda no Estado Moderno iniciou-se o reconhecimento e a sedimentação dos direitos denominados direitos sociais, que também se inserem entre os direitos

---

<sup>231</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cidadania e novos direitos. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192-193.

<sup>232</sup> Conforme os fundamentos estabelecidos no Capítulo I.

<sup>233</sup> MARSHALL, T. H., op. cit., p. 69.

<sup>234</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.

denominados de segunda geração.<sup>235</sup> T. H. Marshall afirma que é no final do século XIX, em Londres, que ocorre o primeiro avanço no campo dos direitos sociais, quando se pretendeu “diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão da desigualdade do qual a pobreza era, obviamente, a consequência mais desagradável”.<sup>236</sup> Para Celso Lafer, “o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontra na Constituição francesa de 1791, que no seu Título 1º previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem”.<sup>237</sup>

Pode-se, então, sintetizando o que foi visto neste tópico, afirmar que, com a mudança que determinou a “clara demarcação entre Estado e Não-Estado”<sup>238</sup>, ou a “inversão, característica do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos”<sup>239</sup>, pode-se identificar uma mudança substancial entre direitos que já haviam sido reconhecidos anteriormente, ou seja, que tiveram sua gênese ainda nas Sociedades pré-estatais, mas que encontraram no Estado Moderno uma configuração própria, algumas vezes distante de seu caráter original. No entanto, essa mesma mudança, demarcação ou inversão, determinou o surgimento de direitos que até então eram desconhecidos e até mesmo impossíveis de serem pensados e assegurados, dada à natureza das relações conhecidas na Antigüidade e na Idade Média, ou seja, fora do Estado.

---

<sup>235</sup> Ver BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, p. 6; LAFER, Celso, op. cit., p. 127-128; OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, op. cit., p. 193.

<sup>236</sup> MARSHALL. T. H, op. cit., p. 88.

<sup>237</sup> LAFER, Celso, op. cit., p. 128.

<sup>238</sup> Idem, *ibidem*, p. 126.

<sup>239</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, op. cit., p. 192.

Nova ruptura na ordem jurídica vai se dar quando o Estado Moderno cede lugar à formação do Estado Contemporâneo, como será objeto de análise no tópico seguinte.

#### **4 A transformação do Estado e da Sociedade Civil e a indução ao aparecimento e reconhecimento de outros direitos**

No primeiro capítulo retro, procurou-se demonstrar que o Estado sofreu uma profunda transformação quando passou da sua configuração de Estado Moderno para a de Estado Contemporâneo. Essa modificação se deu, entre outras causas, pelo inter-relacionamento entre a Sociedade Política e a Sociedade Civil, o que determinou o surgimento de conflitos que até então eram impensáveis nas estruturas das sociedades pré-estatais e do Estado Moderno. Acontece, no entanto, que não somente houve uma manifestação de uma série de direitos nascidos de uma ordem conflitiva totalmente nova, como ocorreu uma profunda transformação em direitos reconhecidos e assegurados no Estado Moderno, que eles agora já não guardam, na grande maioria das vezes, nem mesmo identificação com sua gênese. Dir-se-ia que esses últimos, dada à transformação que sofreram, não guardam mais do que o *nomen juris* que lhes foi atribuído quando de seu reconhecimento originário.

Assim, antes mesmo de adentrar-se nos direitos que tiveram sua gênese – e gênese aqui tem muito mais a conotação de manifestação do ponto de vista de exercício efetivo do que de sua existência como realidade, ou seja, de sua realidade jurídica e não de realidade fática –, já no interior do Estado Contemporâneo, é importante fazer uma análise daqueles que tiveram seu reconhecimento anterior a essa realidade e da configuração que eles possuem atualmente. Essa análise recairá sobre

alguns direitos, uma vez que é impossível tratar-se aqui de todo o espectro de direitos vigentes, mas, como se fez no item anterior, de forma exemplificativa, buscar-se-á enfocar aqueles que são os mais significativos e procurar-se-á levar em consideração a evolução que cada um sofreu em razão das transformações que o próprio Estado Contemporâneo tem experimentado nas últimas décadas.

Assim como se modificou substancialmente o direito de propriedade com o surgimento do Estado Moderno, o mesmo vai ocorrer na passagem deste para o Estado Contemporâneo. Como verificado no item anterior, a propriedade, que era absoluta, a ponto de em determinado momento da Idade Média decorrer dela até mesmo o direito sobre as pessoas dos servos, encontrou certa limitação pelo interesse público, então identificado com o interesse do Estado (ente estatal especialmente), no Estado Moderno, mas a característica desse direito era a de ser eminentemente individualista.

As teses denominadas social-supra-individualistas da propriedade,<sup>240</sup> manifestadas sob os mais diversos enfoques e discursos, terminaram por consagrar, do ponto de vista da ordem normativa, que interessa especialmente para o presente momento, na Constituição de Weimar de 1919 – documento constitucional que, por acordo, foi aceito no primeiro capítulo como marco histórico da mudança do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo –, a função social da propriedade.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> Ver BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 661.

<sup>241</sup> Idem, ibidem.

No entanto, como observa Gustav Radbruch, nesta Constituição “não só se reconhece também (art. 153º) a propriedade individual, como se associa a esse reconhecimento o dum dever moral relativamente ao uso social de tal direito”.<sup>242</sup>

Por muito tempo, a propriedade, pelo menos na linha evolutiva que vem sendo seguida pelo direito brasileiro e pelo ramo a que este se filiou,<sup>243</sup> foi e continua, em grande medida, sendo entendida como marcada por essa mesma dicotomia.

No Brasil, até o advento da Constituição de 1988, a propriedade teve esta característica dicotômica, e em parte porque, como lembra José Afonso da Silva, o instituto foi sempre, por juristas privatistas ou publicistas, visto sob “uma perspectiva dominada pela esfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeito, até hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais”.<sup>244</sup> Para verificar-se o acerto desta afirmação, basta uma consulta na definição que a propriedade encontra nos manuais de Direito Civil<sup>245</sup> como entre autores que se dedicam ao Direito Público.<sup>246</sup>

No entanto, quando a Constituição de 1988 estabeleceu no inciso XXIII do artigo 5º que “a propriedade atenderá a sua função social”, este elemento, função

---

<sup>242</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 279.

<sup>243</sup> Não interessa ao objeto da tese, embora não se deixe de reconhecer a importância, o estudo daquelas doutrinas e dos direitos positivos que chegaram a reconhecer e a consagrar o fim da propriedade privada.

<sup>244</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 264-265.

<sup>245</sup> Ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 82-100. (3 vol.); PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 70-85. (Vol. IV).

<sup>246</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 103. (3 v.); CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo: de acordo com a constituição vigente*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 135.

social, passou a integrar o “a estrutura do direito de propriedade em geral”<sup>247</sup> e, por isso mesmo, segue José Afonso da Silva, põe-se “concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.<sup>248</sup>

Nesse mesmo sentido, veja-se a lição de Marcelo Dias Varella:

“Note-se que não se diz ‘o direito de propriedade atenderá sua função social’ ou ‘o exercício do direito de propriedade atenderá sua função social’. Logo, não se trata de uma limitação de direitos, mas de um próprio elemento constitutivo da categoria propriedade, um elemento novo, pela primeira vez presente no ordenamento jurídico e consolidada por estar em um diploma constitucional, em cláusula pétrea.

A averiguação da existência da propriedade, agora vinculada ao cumprimento da função social, deve ser averiguada com base na análise da categoria ‘função social’, também presente no texto constitucional”.<sup>249</sup>

É exatamente por esse argumento que Lenio Streck diz que, além de olhar por esse prisma a propriedade, deve-se também proceder da mesma forma na análise das figuras do abandono da propriedade, da desapropriação e da ocupação, uma vez que eles integram um novo instituto que perdeu o caráter constitucional individualista para ser um instituto de natureza social.<sup>250</sup>

É preciso salientar, todavia, que se, na esfera do direito positivo, tal transformação se deu na Constituição de 1988, a verdade é que tais características da propriedade já eram enunciadas por expressivos doutrinadores, como, por exemplo, consta na seguinte lição de Paulo Henrique Blasi, já em 1967, que buscava a

---

<sup>247</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 275.

<sup>248</sup> Idem, ibidem.

<sup>249</sup> VARELLA, Marcelo Dias. Por uma visão ainda que dogmática da propriedade. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.), *Revoluções no campo jurídico*. Joinville: Oficina, 1998, p. 208.

<sup>250</sup> STRECK, Lenio. E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.), op. cit., p. 194-197.



fundamentação para seu entendimento exatamente na finalidade do Estado

Contemporâneo:

“Em verdade, como instrumento do bem estar coletivo, não pode o Estado alheiar-se do desenvolvimento econômico e social. Assim, no desempenho das atividades que justificam a sua existência, cumpre-lhe manter o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses coletivos. Como o uso da propriedade está condicionado ao bem social, é evidente que a ação do Estado não pode ser tolhida, sob a justificação da intangibilidade do direito individual”.<sup>251</sup>

Também não ficou imune à transformação do Estado o direito das obrigações, que havia sofrido profunda modificação anteriormente, como ficou registrado no item anterior.

O contrato, como visto anteriormente, no alvore do Estado Moderno, esteve fundado, de forma absoluta, na autonomia da vontade. No entanto, a teoria do dirigismo contratual, também chamada de teoria do contrato dirigido,<sup>252</sup> veio a alterar gradativamente a noção do contrato, limitando esse instituto para dar preponderância ao princípio da ordem pública.<sup>253</sup>

Evidentemente não corresponde à realidade o entendimento de que o contrato tenha desaparecido em virtude da vigência de nova ordem decorrente da teoria do dirigismo.<sup>254</sup> O que é inegável, no entanto, é que o contrato sofreu uma profunda alteração em seu perfil e seu conteúdo, como diz Wilson de Souza Campos Batalha:

---

<sup>251</sup> BLASI, Paulo Henrique. *Da desapropriação e da reversão do bem expropriado*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1967, p. 9.

<sup>252</sup> Entende-se por dirigismo contratual ou contrato dirigido a teoria que funda o contrato na vontade das partes, mas não lhe confere valor absoluto, posto que ele deve obedecer a ditames legais que representam uma interferência do Estado na relação contratual.

<sup>253</sup> Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 10 (Vol. II); BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 633-636.

<sup>254</sup> Ver BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 634-635.

“Apregoando o princípio: a tempos novos, instituições novas, sustenta Josserand que o contrato não desapareceu dos horizontes jurídicos, mas que indubitavelmente se transformou. E transformou-se sobretudo, ao influxo das modernas correntes do pensamento orientadas sob um ponto de vista social, mais do que um ponto de vista individual, abalando-se a nítida separação entre o direito público e privado. Economicamente, e a Economia é a infra-estrutura mais importante das construções jurídicas, operou-se a transformação do conceito contratual em face da acumulação de capitais e concentração das empresas, graças às quais foram as próprias partes contratantes que mudaram de aspecto e de personalidade. Para outros contratantes, necessários outros contratos [...]”<sup>255</sup>.

É claro que na esfera obrigacional não foi somente o contrato que sofreu mudanças, pois a responsabilidade extracontratual também sofreu e vem sofrendo alterações, e longe se está da responsabilidade fundada exclusivamente na culpa e da simples reparação de danos materiais. Para o limite proposto e para a finalidade meramente demonstrativa da evolução de alguns institutos jurídicos e dos direitos que eles reconhecem ou estabelecem, a análise do contrato é suficiente.

Um exemplo que bem demonstra toda essa transformação no direito brasileiro foi a inserção constitucional da defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais, e, em decorrência, o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que disciplinou não somente o contrato como também a responsabilidade extracontratual, de forma absolutamente diversa do que até então ocorria.<sup>256</sup>

Utilizando como exemplo os mesmos direitos tratados no item anterior, também na relação de pátrio poder encontra-se na atualidade um outro direito que nada mais tem de identidade com sua gênese. O pátrio poder que se apregoa deveria chamar-se hoje de “pátrio dever”, modificou-se desde a concepção inicial, que o entendia como um poder absoluto do pai, ainda que em benefício do filho. Mas muito mais do que

---

<sup>255</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 635.

<sup>256</sup> Ver especialmente os capítulos IV e VI da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

simples alteração de conceito, hoje “também não se aceita mais a primazia paterna, como antes aparecia nos dispositivos legais que cuidavam da matéria”.<sup>257</sup>

A Constituição Brasileira de 1988 diz que é dever da sociedade, ao lado do Estado e da família (conceito muito mais amplo que paternidade), 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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.<sup>258</sup>

Essa repartição de deveres gera uma repartição de poderes, que se manifesta pela possibilidade de cada um dos co-partícipes exigirem dos demais o cumprimento de obrigações necessárias para atingir a determinação constitucional. Assim, por exemplo, a Sociedade pode se colocar em situação de primazia em relação aos pais, para exigir deles a conduta necessária para assegurar qualquer dos direitos enunciados na norma constitucional. O que fica claro é que os direitos das crianças e adolescentes são também direitos da Sociedade, a tal ponto que esta pode reivindicá-los inclusive dos próprios pais.

Na legislação infraconstitucional, também de forma exemplificativa, é possível encontrar-se esta situação: uma criança ou adolescente que tenha violado qualquer dos direitos descritos na Constituição e vistos acima, por falta, omissão ou abuso dos pais,

---

<sup>257</sup> CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 456-457.

<sup>258</sup> Artigo 227, “caput”, da Constituição da República Federativa do Brasil.

dá oportunidade de que o Conselho Tutelar, que é órgão não jurisdicional,<sup>259</sup> possa abrigá-los em entidade de proteção, mesmo contra a vontade desses mesmos pais.<sup>260</sup>

No primeiro capítulo, quando analisados os instrumentos políticos de que dispõe a Sociedade Civil para dar operacionalidade à sua relação com o Estado Contemporâneo, já ficou demonstrada a modificação que estes sofreram desde o momento da afirmação dos mesmos, como visto no final do item anterior.

Até aqui, portanto, houve uma preocupação em demonstrar que alguns direitos que tiveram origem até mesmo nas realidades políticas anteriores ao próprio Estado e outros que somente encontraram sua manifestação e foram assegurados no Estado Moderno já não mais correspondem à sua gênese em razão da profunda mudança que sofreram na passagem para a realidade do Estado Contemporâneo. Outros direitos, no entanto, são típicos do Estado Contemporâneo e sequer poderiam ser pensados antes dele. Aliado à já demonstrada alteração teórica e constitucional do Estado Contemporâneo, é preciso levar em conta que os conflitos ocorrentes no seio da Sociedade Civil e, por conseqüência, do próprio Estado, também sofreram uma profunda modificação.

São direitos típicos do Estado Contemporâneo os hoje já conhecidos e bastante estudados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que passam a ser analisados a seguir.

---

<sup>259</sup> Ver artigo 131 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>260</sup> Essa possibilidade decorre da combinação do disposto nos artigos 98, II, 101, VII, e 136, I, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, citado na nota anterior.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que “interesses difusos e coletivos sempre existiram”.<sup>261</sup> Segundo Augusto Melo de Camargo Ferraz, Néelson Nery Júnior e Édis

Milaré:

“Desde que o homem, ser social, se organizou em sociedade, passaram a existir certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas, de modo geral, a toda a sociedade. Havia direitos da comunidade, que não eram propriamente direitos subjetivos, já que a comunidade em si mesma considerada não possuía personalidade jurídica, qualquer que fosse o sistema jurídico que estivesse examinando”.<sup>262</sup>

Mas é preciso ter presente que tais direitos, se efetivamente existiram, manifestavam-se em tão pequena escala que sequer eram objeto de preocupação dos sistemas jurídicos. Assim, eles não receberam qualquer protetividade jurídica e por isso nem mesmo podem ser considerados como efetivos direitos da Sociedade.

No entanto, o desenvolvimento tecnológico e eletrônico e o superdimensionamento do Estado iniciados ainda no Estado Moderno, mas que se consolidam e se manifestam mais intensamente no Estado Contemporâneo, terminam por estabelecer uma conflituosidade potencial e abrangente, que vem causar um “desequilíbrio conceitual na própria teoria geral do direito”, como diz Péricles Prade.<sup>263</sup> Alerta Michelangelo Bovero que essa modificação “não se refere simplesmente à superfície dos esquemas conceituais, mas corresponde à diferença de significado histórico que separa as concepções [...]”.<sup>264</sup> Explicitando melhor: o

---

<sup>261</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 10.

<sup>262</sup> FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo et al. *A Ação Civil Pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 47.

<sup>263</sup> PRADE, Péricles, op. cit., p. 50. Ver, também nesse sentido a lição de Francisco Filho. OLIVEIRA FILHO, Francisco. Considerações sobre a Ação Civil Pública. *Jurisprudência Catarinense*, n. 72, ano XXI - 1./2. trim., 1993, p. 19.

<sup>264</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 162.

desequilíbrio conceitual ocorrente no âmbito da teoria geral do direito, com o afloramento e crescimento dos interesses e direitos difusos e coletivos, não é somente uma modificação nos esquemas conceituais, mas corresponde a uma outra concepção sobre os instrumentos destinados à tutela de tais interesses.

É importante, então, fazer-se um estudo, ainda que sintético, sobre tais interesses, objeto de tutela, por meio de instrumentos processuais também diversos daquele que tutela interesses interindividuais.

Muito antes de o Código de Defesa do Consumidor estabelecer a definição legal de interesses ou direitos difusos, Péricles Prade estabelecia o seguinte conceito, que observava ter sido fixado “em regime de síntese provisória”: “interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”.<sup>265</sup>

É também importante lembrar a seguinte lição de Ada Pellegrini Grinover sobre o mesmo tema:

“O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos *interesses difusos* propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas e fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à *qualidade de vida*. E essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massas, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos. [...] Decorre daí que suas notas essenciais podem ser destacadas, nesses interesses difusos. Uma, relativa à sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de

---

<sup>265</sup> PRADE, Péricles, op. cit., p. 57-58.

sujeitos. Vê-se daí que soçobra o conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo o sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular.

Outra, relativa 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. Neste sentido, foi precisamente apontada, por Barbosa Moreira, a indivisibilidade, *lato sensu*, desse bem”.<sup>266</sup>

A Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, cujos conceitos e disposições são aplicáveis à Ação Civil Pública em geral, define interesses difusos, em seu artigo 81, parágrafo único, I, e o faz da seguinte forma: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Assim, é preciso gizar algumas importantes características que envolvem essa gama de interesses, que exsurtem das definições acima: 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; e f) indivisibilidade dos direitos ou interesses.<sup>267</sup>

Para Péricles Prade, “Os interesses coletivos são os pertinentes aos fins institucionais de uma determinada associação, corporação ou grupo intermediário,

---

<sup>266</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 30-31.

<sup>267</sup> Ver PRADE, Péricles, op. cit., p. 47 a 57; e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 31.

decorrendo de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares”.<sup>268</sup>

Ada Grinover explica os direitos coletivos da seguinte forma:

“Já por *interesses coletivos* entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que os congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma categoria profissional”.<sup>269</sup>

Do ponto de vista legal, o inciso II do parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078/90, em conceito aplicável a toda e qualquer ação civil pública, não só as destinadas à defesa do consumidor, define: “II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os interesses coletivos, 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 de base) entre os interessados ou entre estes e a parte contrária; d) são, também, frutos de uma potencial e abrangente conflituosidade; e) há indivisibilidade dos direitos ou interesses.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> PRADE, Péricles, op. cit., p. 43.

<sup>269</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 30.

<sup>270</sup> PRADE, Péricles, op. cit., p. 39 a 43; GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 30.



O conceito de interesses ou direitos individuais homogêneos foi inserido no sistema jurídico pela norma presente no artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Sobre tais interesses ou direitos pouco se discutiu no âmbito da doutrina, que sempre concentrou mais sua atenção nas duas categorias anteriores. Talvez isso se deva ao fato de que, no dizer de James Marins, os interesses individuais homogêneos não têm a mesma transcendência científica dos interesses coletivos e difusos, pois significam “apenas um trato coletivo a direitos já (e desde sempre) prestigiados por instrumentos individuais de proteção”.<sup>271</sup>

Em obra de comentários sobre o Código do Consumidor, os Professores Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins assim definem tais interesses e direitos:

“[...] são aqueles cujos danos se ostentam com qualidade de ocorrência (= origem) igual, i. e., danos provocados por uma mesma causa ou em razão de origem comum, entendendo-se, por estas expressões, situações que são juridicamente iguais (quanto a terem origem comum e, pois, tendo em vista que o mesmo fato ou fatos causaram lesão), embora diferentes; na medida em que o fato ou fatos lesivos manifestaram-se como fatos diferenciados no plano empírico, *tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores*”.<sup>272</sup>

Igualmente precisa é a seguinte lição de Antônio Herman V. Benjamin:

“Em outros casos, interesses e direitos tipicamente individuais - isto é, aqueles que atinam ao indivíduo, não contemplando situações jurídicas em que o sujeito ‘se encontra inserido, encartado em determinado contexto social’ - perdem sua condição atômica, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato. São, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e

---

<sup>271</sup> MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. *Revista de Processo*, v. 19, n. 97/100, out./dez. 1994, p. 98.

<sup>272</sup> ALVIM, Arruda, et al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 371.

direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais, enfim, por criação legal. São, por esse ângulo, *acidentalmente* supraindividuais. Falamos, então, em interesses e direitos individuais homogêneos, área em que, no sistema da *common law*, atua, preponderantemente, a *class action*".<sup>273</sup>

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, III, os define como aqueles "decorrentes de origem comum".

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 de base entre os interessados, estando eles ligados pela circunstância de os seus interesses decorrerem de uma causa comum; e d) sua proteção também decorre de uma profunda modificação na litigiosidade que se manifesta na sociedade atual.<sup>274</sup>

Algumas dificuldades, no entanto, permeiam o estudo dos interesses individuais homogêneos. Entre elas, a primeira diz respeito à característica de configurar um tratamento coletivo para a proteção de interesses ou direitos, o que os difere, em certa medida, dos interesses difusos e coletivos. Isso, contudo, não afasta de tais interesses a condição de poderem ser defendidos coletivamente, por força de disposição legal, e a sua função teleológica idêntica a daqueles outros interesses ou direitos coletivos, *lato sensu*, ou seja, maior efetividade no acesso à Justiça.

---

<sup>273</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis et al. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

<sup>274</sup> Ver BENJAMIN, Antônio Herman, op. loc. cit.

A segunda diz respeito ao fato de que, em se tratando de conceito relativamente recente na história jurídica, não encontrou ainda um debate mais consistente, capaz de delinear contornos mais precisos.

No momento de operar com tal classe de interesses, é preciso ter presente um ponto fundamental: assim como os interesses difusos ou coletivos, os individuais homogêneos decorrem de uma mudança profunda operada no interior do Estado e da Sociedade Civil e da necessidade de um efetivo acesso à Justiça. Entre os fatores que têm sido apontados pelos autores como óbices ao acesso efetivo à justiça estão, especialmente, o valor das custas judiciais, a possibilidade das partes<sup>275</sup> e a lentidão dos processos.<sup>276</sup>

Sob outro prisma, é impossível deixar-se de considerar que, em determinadas situações, embora não exista uma relação jurídica-base entre as pessoas que tenham tido lesados certos interesses e ainda que sejam elas perfeitamente identificadas ou identificáveis, a lesão decorrente de uma causa comum pode ser de tal ordem que a busca da tutela de forma individual determine a cada um suportar custas que simplesmente inviabilizem a demanda; em outras situações, que a parte lesada, considerando suas possibilidades ou as do autor da lesão, encontre-se em “desvantagem estratégica” em relação a este; e/ou, ainda, que a necessidade das demandas individualizadas seja um fator constante de sobrecarga do sistema judiciário e, conseqüentemente, um elemento determinante da demora na prestação jurisdicional.

---

<sup>275</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 15-26.

<sup>276</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 168-170.

A questão relativa aos direitos de cunho coletivo<sup>277</sup> é oportuna e absolutamente atual, inclusive na Europa. Em um livro recente, Nicolás López Calera questiona a existência dos direitos coletivos, concluindo pela sua existência, mas questionando a forma de seu exercício. Este autor, porém, ao final, trata das coletividades em seu sentido estrito, deixando de lado toda a conflituosidade difusa e individual homogênea, como se verifica na seguinte conclusão:

“Em suma, a sociabilidade humana é uma experiência permanente e importante da existência individual, e neste sentido uma dimensão ontológica do ser humano. Não há ser humano sem alguma forma de sociabilidade. As coletividades são formas organizadas e relativamente estáveis de sociabilidade e são um fato diferenciado das partes que as integram, ainda que não alheias em termos absolutos à simples vida individual. As coletividades não são simples ou absoluta ficção, ainda que não tenham um ‘corporeidade’, ainda que não sejam ‘res extensae’. Em certo sentido são entidades que têm sua própria biologia, isto é, seu nascimento, seu desenvolvimento e sua morte e cada uma dessas etapas tem suas conotações próprias e irrepitíveis. Nem todas nascem, se desenvolvem e morrem da mesma maneira. São um produto do ser humano que, por motivo de sua mesma estrutura complexa, promovem formas de vida que, ao menos em certo sentido, têm entidade em si mesmas, ainda que sua última razão de ser sejam os mesmos indivíduos, porque não são os mesmos indivíduos, porque não são como entes estranhos que tivessem vindo de outra galáxia a competir com os seres humanos individuais. Mas têm vida própria e reclamam, por conseguinte, direitos, isto é, o respeito dos interesses que lhe são próprios como tais coletividades individuadas e sempre ao final para servir a mais indivíduos”<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> Expressão utilizada aqui em seu sentido amplo, equivalente a transindividual, mas cuja utilização se justifica em razão do título da obra que se está tratando.

<sup>278</sup> CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?: individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 154. Tradução livre do seguinte texto em espanhol: “En suma, la sociabilidad humana es una experiencia permanente e importante de la existencia individual, y en este sentido una dimensión ontológica del ser humano. No hay ser humano sin alguna forma de socialidad. Las colectividades son forma organizadas y relativamente estables de socialidad y son un hecho diferenciado de las partes que las integran, aunque no ajenas en términos absolutos a la simple vida individual. Las colectividades no son simple o absoluta ficción, aunque no tengan una ‘corporeidad’, aunque no sean ‘res extensae’. Em cierto sentido son entidades que tienen su propia biología, esto es, su nacimiento, su desarrollo y su muerte y cada una de esas etapas tiene sus conotaciones propias e irrepitibles. No todas nacen, se desarrollan y mueren da la misma manera. Son un producto del ser humano que, por motivo de su misma estructura compleja, promueven formas de vida que, al menos en cierto sentido, tienen entidad em sí mismas, aunque su última razón de ser son los mismos individuos, porque no son como entes extraños que hubieran venido de outra galaxia a competir con los seres humanos individuales. Pero tienen vida propia y reclaman, por conseguinte, derechos, esto es, el respecto de los intereses que les son propios como tales colectividades individuadas y siempre y al final para servir a más individuos”.

Essa citação demonstra como ainda não houve uma verdadeira consciência sobre essa nova realidade e como são tratados os direitos transindividuais.

Verifica-se, portanto, que alguns direitos são tipicamente fruto da vivência de uma nova realidade social e política e que outros que se manifestaram e foram enunciados e reconhecidos em outra época têm ainda vigência e é cada vez maior a sua manifestação. Assim, quando se fala em “novos” direitos, é preciso estar atento a todas essas circunstâncias, para que se possa efetivamente entender a razão da necessidade de construção de tutelas protetivas desses direitos por meio de mecanismos adequados. Sobre estes chamados “novos” direitos recairá a análise a que se procederá no item seguinte.

## **5 Os chamados “novos” direitos**

Uma das questões mais importantes para o presente trabalho, mas ao mesmo tempo mais tormentosas, é entender o que sejam os denominados “novos” direitos. Deve ficar claro desde logo que identificá-los tem muito mais a finalidade de estratégia para demonstrar a possibilidade de tutela jurídica dos “novos” direitos que estão enunciados, embora nem sempre bem catalogados na doutrina e na jurisprudência, mas também de registrar que mesmo aqueles que venham a ser os “direitos novos”, ou seja, dos quais ainda nem mesmo se tenha noção, também já possuem a possibilidade de ser, em grande medida, tutelados com os instrumentos processuais vigentes – desde que estes passem a ser compreendidos como criações jurídicas que possuem exatamente essa finalidade.

Quando se trata de procurar entender o que sejam “novos” direitos, sempre é lembrada aquela conhecida e muito citada evolução histórica apresentada por Norberto Bobbio das chamadas gerações de direitos.<sup>279</sup> José Alcebíades de Oliveira Júnior sistematizou e ampliou a lição daquele autor sobre as fases em que ocorreram estas gerações:

“1ª Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à teoria organicista tradicional.

2ª Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisando em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, quer requerem uma intervenção direta do Estado.

3ª Geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica.

4ª Geração: os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem um discussão ética prévia.

5ª Geração: os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento das fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet”.<sup>280</sup>

É importante observar, como faz José Alcebíades de Oliveira Júnior, que Norberto Bobbio apresenta tais considerações, que denomina evolução histórica e sucessiva dos direitos em gerações, para fazer compreender a condição de sujeito de direito e cidadão.<sup>281</sup>

---

<sup>279</sup> Ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos...*, p. 5-6 e 69.

<sup>280</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 85-86.

<sup>281</sup> Idem, *ibidem*, p. 85.

Antes de proceder-se à análise dos “novos” direitos sob a perspectiva das gerações propostas por Norberto Bobbio, é preciso entender a concepção que ele tem do processo histórico que determina o nascimento dos direitos. O doutrinador italiano diz que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.<sup>282</sup> Mais adiante, reafirma essa mesma idéia, dizendo que “os direitos não nascem todos de uma vez”,<sup>283</sup> esclarecendo:

“Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado”.<sup>284</sup>

É importante essa evolução histórica apresentada por Norberto Bobbio para demonstrar as etapas de rompimentos de conceitos sociais, políticos e jurídicos, pois representam uma síntese daquela demonstração nos itens anteriores neste capítulo, mas ela não ajuda a compreender efetivamente o que sejam os “novos” direitos vigentes na atualidade e nem mesmo dá a idéia de que a partir de determinado momento eles já não mais podem ser vistos na forma de gerações, pois o nascimento de direitos novos ocorre com velocidade e intensidade tal que já não é possível compartimentalizá-los em momentos estanques. Veja-se que, seguindo-se o esquema evolutivo apresentado

---

<sup>282</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos...*, p. 5.

<sup>283</sup> Idem, *ibidem*, p. 6.

<sup>284</sup> Idem, *ibidem*, p. 6.

por Norberto Bobbio, chega-se à conclusão de que entre os “novos” direitos estariam, ou poderiam estar, somente os direitos de terceira e quarta gerações (ou seguintes).

Ocorre, no entanto, que não se pode perder de vista que os direitos individuais, assegurados na primeira geração de direitos, no momento em que a realidade política convivia com o Estado Moderno, já não mais correspondem aos direitos individuais que têm vigência nos dias atuais. Não se pode dizer que o direito de propriedade, das obrigações, decorrentes do pátrio poder (que foram usados como exemplo), mas, igualmente, os referentes à família, à liberdade, à segurança e resistência à opressão<sup>285</sup> sejam hoje os mesmos que foram assegurados naquele momento histórico. Para tanto, basta ver que a propriedade perdeu o seu caráter de individualidade para assumir um caráter preponderantemente social; o direito obrigacional já não mais se funda no absolutismo da vontade, no que se refere aos contratos, mas esta é fortemente limitada desde a doutrina do dirigismo, tendo, ainda, na feição da responsabilidade extracontratual abandonado a responsabilidade fundada na culpa e com finalidade de reparar dano material, para reconhecer, crescentemente, responsabilidade sem culpa e abrangente, por exemplo, do dano moral; o poder que visa a garantir os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes deixa de ter a primazia dos pais, que o qualificava como “pátrio”, para ser atribuído também à Sociedade Civil, juntamente com o Estado. Estão longe de possuírem nos dias atuais o mesmo conteúdo de quando foram reconhecidos os direitos de liberdade, de segurança e de resistência à opressão.

O mesmo ocorre com os direitos políticos. Não é possível dizer que a participação política assegurada como direito no Estado Moderno e que conviveu,

---

<sup>285</sup> Ver artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.



ainda, em alguma medida, com o Estado Contemporâneo, com o sufrágio censitário e o capacitário<sup>286</sup>, corresponda ao mesmo direito que contempla o sufrágio universal, o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular de leis e, ainda, como será demonstrado no núcleo central da tese, o manejo de instrumentos judiciais que são tipicamente exercício de direito político.

De outro lado, a esfera da individualidade contempla direitos que nem sequer seriam pensados na configuração do Estado Moderno ou nas Sociedades Políticas anteriores, ou, ainda, até muito pouco tempo no Estado Contemporâneo. Recentemente, Edoardo Gianotti demonstrou que o “direito à intimidade constitui uma área de estudos jurídicos relativamente recentes” e que ele seria impensável na Antigüidade e na Idade Média, assim como seu embrião, localizado no direito da personalidade, somente gerou frutos quando adquiriu “a condição de liberdades públicas”, o que ocorreu no curso do desenvolvimento industrial que veio a “determinar as condições que tornariam possível a idéia de um direito à intimidade, como atualmente a concebemos”.<sup>287</sup> Nessa mesma oportunidade, o autor sugeria que esta nova ordem de direitos fosse reconhecida em normas de ordem constitucional.

No Direito brasileiro, somente com a Constituição de 1988, o direito à intimidade veio efetivamente a ser reconhecido. Pode-se dizer até mesmo que foi a partir da nova ordem constitucional que ele passou a ser conhecido e, em consequência, objeto de tutela. Ainda que anteriormente se possa identificar parcelas da intimidade asseguradas pelo direito positivo, como, por exemplo, o sigilo da correspondência e a inviolabilidade do domicílio, não se pode descurar que no inciso

---

<sup>286</sup> Ver SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 336.

<sup>287</sup> GIANOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 14-15.

X do artigo 5º da Constituição de 1988 a tutela da intimidade é assegurada de forma ampla, seguindo-se na mesma norma e nas posteriores, de forma exemplificativa, outros direitos que foram e ainda são decorrência do direito à intimidade.

Assim, é preciso ter claro que, quando se trata de “novos” direitos, deve-se atentar para o fato de que direitos de gênese individual que foram reconhecidos inicialmente em outro momento podem estar inseridos no contexto desses novos direitos, porque na atualidade sua conformação e sua forma de defesa – como ocorre, por exemplo, com os direitos individuais homogêneos vistos acima – são de tal forma diversas que já não se pode mais enunciá-las como integrantes da primeira ou da segunda geração de direitos.

Tem também importância observar que as gerações de direitos terminam por induzir o errôneo entendimento de que a evolução se dá sempre no sentido da coletivização do exercício dos direitos, o que não corresponde à realidade, posto que, se efetivamente existe uma nova ordem conflitiva que faz nascerem direitos que somente se manifestam – no sentido de que são exercitáveis – de forma coletiva, o espaço dos direitos de cunho individual continuam a existir plenamente, evoluem e até se ampliam, como ocorreu com a tutela da intimidade, lembrada acima de forma meramente exemplificativa.

Ainda, a estruturação dos direitos em geração também não ajuda a compreender os “novos” direitos em razão de ser uma classificação que se torna confusa a partir especialmente da enunciação dos direitos de quarta e quinta gerações, uma vez que estes contemplam direitos que se inserem entre os direitos tipicamente individuais, sociais e transindividuais.

Os direitos decorrentes da biotecnologia e da bioengenharia geram direitos sociais, que podem dizer respeito ao consumidor quando se trata de alimentos geneticamente modificados, por exemplo; que podem referir-se ao meio ambiente, tanto pela questão do desequilíbrio da biota em razão de experimentos que geram elementos estranhos ao ecossistema; mas são eminentemente individuais, em razão do princípio da autonomia, nos casos de transplante de órgãos, direito à morte ou manutenção da vida artificial.<sup>288</sup>

No mesmo sentido, operam os direitos advindos da realidade virtual, posto que a ação dos denominados “hackers” pode gerar um interesse de cunho meramente individual, quando um deles acessa o computador pessoal de alguém com a simples finalidade de conhecer seus arquivos ou interceptar seu “e-mail”; ou um interesse de ordem coletiva e até mesmo transnacional, como ocorre quando da propagação de vírus que causam prejuízos de milhões de dólares em lesões disseminadas em vários países.

Assim, a compreensão de “novos” direitos tem necessariamente que considerar tanto aqueles que nasceram e nascem constantemente dos conflitos típicos da Sociedade Contemporânea, como a gama de direitos que são efetivamente novos na sua configuração e não no momento de seu enunciado, quando já não mais guardam qualquer correspondência com sua origem.

Mais de acordo com esse entendimento o pensamento de Antônio Carlos Wolkmer – que tem concepção que é de amplitude muito superior ao que ora se

---

<sup>288</sup> Ver SALDANHA, Carla Back; BRANDÃO, Paulo de Tarso; FERNANDES, Tycho Brahe. Bioética e biodireito. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 89-113.

apresenta, porque inserido em um contexto de pluralismo jurídico, enquanto o que se objetiva aqui é somente tratar da tutela judicial desses direitos –,<sup>289</sup> que entende o termo “novos” direitos como referente “à materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva”.<sup>290</sup> Assim, continua Antônio Carlos Wolkmer:

“O lastro de abrangência dos ‘novos’ direitos, legitimados pela consensualidade de forças sociais emergentes, sancionados por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e exigências de um devir, são direitos que ‘só se efetivam, se conquistados’”.<sup>291</sup>

Diz-se que o posicionamento apresentado é compatível com a lição de Antônio Carlos Wolkmer, porque igualmente se entende que a “exigência de um devir” contempla também as modificações verificadas em direitos que, ao menos nominalmente, foram assegurados em outra época, o que claramente não foge à percepção do autor, que um pouco mais adiante, após apresentar uma tipologia de direitos nascidos em razão de necessidades experimentadas em determinados momentos históricos, registra que uma tipologia de “novos” direitos somente tem a finalidade de “dar uma certa singularidade expositiva e uniformizadora, uma vez que tais direitos atravessam um mesmo espaço público, em cujo cenário de necessidades e interesses adquirem, ora mais, ora menos prioridade”.<sup>292</sup>

Além da fixação do que sejam “novos” direitos, é preciso pensar-se na sua tutela judicial. Para atingir esse objetivo, é preciso compreender, todavia, que eles

---

<sup>289</sup> Ver observação feita na Introdução.

<sup>290</sup> WOLKMER. Antônio Carlos. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos “novos” direitos. *Alter Ágora*, n. 1, maio 1994, Florianópolis, p. 46.

<sup>291</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>292</sup> Idem, *ibidem*.

estão inseridos num contexto conflitual que também é muito diverso daquele conhecido até o início do século XX e que se agravou e modificou constantemente no seu final.

Diferentemente do que ocorria em tempos anteriores, quando o direito tinha como único objeto regular as relações interindividuais, pois mesmo quando estes direitos eram entendidos como exercidos coletivamente não perdiam o caráter de individualidade,<sup>293</sup> as normas jurídicas tinham e podiam ter um caráter absoluto, porque era um tempo de direitos absolutos. Assim, era tranqüila a afirmação de alguém que tinha direitos, porque alguém, alguns ou todos os demais tinham a obrigação de respeitar esses direitos, porque estes, em conseqüência, não possuíam direitos. As normas, então, eram vocacionadas a regular conflitos e não a gerar conflitos. Assim, era absolutamente fácil disciplinar-se o direito de propriedade, por exemplo, pois o proprietário, tão-só por ser o titular do domínio, tinha direitos contra todos. Quando havia a limitação pelo direito de vizinhança, era porque naquela parcela ele não tinha direito, uma vez que este pertencia ao seu vizinho. O pai, pelo exercício do pátrio poder, tinha a possibilidade até mesmo de castigar imoderadamente seu filho se esta fosse a forma que ele entendesse adequada para uma educação correta. A norma estabelecia claramente o limite entre ter e não ter direitos.

A relação entre os direitos da atualidade já não permite mais se pensar que eles possuam caráter absoluto, posto que há uma evidente relatividade na manifestação dos direitos. A propriedade, para utilizar o mesmo exemplo anterior, que possui a cláusula da função social em sua estrutura é incapaz agora de gerar um direito contra todos,

---

<sup>293</sup> Ver LAFER, Celso, op. cit., p. 127.

mas gera o exercício de um direito que tem como contraponto um direito da Sociedade. O direito de paternidade encontra a constante oposição do direito social de colocar as crianças e adolescentes a salvo da “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.<sup>294</sup> Assim também ocorre no trato dos direitos transindividuais, pois em regra o exercício de um direito difuso faz manifestar, em contraposição, outro interesse difuso ou coletivo, e vice-versa. Na maioria das vezes, a defesa de uma lesão ou ameaça de lesão ambiental traz como consequência a pretensão de um interesse de ordem econômica ou social.

O direito fundamental do homem de maior expressividade é seguramente o direito à vida. No entanto, esse direito encontra, mesmo que na atual sistemática do direito positivo ainda não consagrado, mas do ponto de vista ético, a contraposição do direito à morte com dignidade, pela eutanásia<sup>295</sup> ou pela ortotanásia,<sup>296</sup> evitando-se o absolutismo da pretensa garantia do direito à vida pela distanásia,<sup>297</sup> que é cada vez mais possível diante do avanço tecnológico da biotecnologia.<sup>298</sup>

Assim, melhor do que falar hoje em direitos, talvez fosse raciocinar com a idéia de preponderância de direitos. O proprietário tem preponderância no exercício da fruição da propriedade em relação ao direito da Sociedade se e enquanto ele cumprir a função social, sempre observando que função social é também um termo provisório e mutável. O pai tem direito prioritário ao convívio com o filho se e enquanto não se

---

<sup>294</sup> Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>295</sup> Eutanásia tem como significado primeiro e mais usual o de “ação médica pela qual se acelera o processo de morte de um enfermo terminal ou que se põe termo à vida”, conforme GAFO, Javier. *10 palavras claves en bioética*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 94.

<sup>296</sup> Ortotanásia tem a aceção de morte no momento certo, sem dificuldades desproporcionais ou distorções de seu processo.

<sup>297</sup> Distanásia é a morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento.

<sup>298</sup> Ver TEIXEIRA, Larissa Solek; GOMES, Renata Raupp. Eutanásia: o direito de morrer como um dilema bioético. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 137-151.

manifeste o direito da Sociedade de protegê-lo de forma integral. O consumidor tem preponderantemente direito a uma melhor oferta de produtos enquanto não prepondera um outro interesse coletivo de preservação do meio ambiente hígido, por exemplo.

Embora se tenha dedicado ao estudo restrito aos direitos positivados na ordem constitucional, é importante a seguinte lição de Edilson Pereira de Farias, porque demonstra o choque freqüente entre eles, gerado pela relatividade de que se tratou acima:

“No exercício dos direitos fundamentais, é freqüente o choque entre os mesmos ou confronto desses direitos com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de *colisão de direitos fundamentais*.

Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais (colisão entre os direitos fundamentais em sentido estrito) ‘quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular’. Sucede a colisão entre os direitos e outros valores constitucionais, quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) se contrapõem a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros”.<sup>299</sup>

Também de forma restrita aos direitos fundamentais, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira reconhecem a possibilidade de conflitos, concorrências e dependências desses direitos.<sup>300</sup>

O que se está afirmando, no entanto, reitera-se, é que esse conflito, ou essa colisão de direitos, se dá em todo o espectro do direito vigente, não somente no que se refere aos fundamentais, e é fenômeno típico das relações ocorridas no Direito vigente no Estado Contemporâneo. Toda essa complexa novidade deve ser levada em conta no trato dos direitos adjetivados como “novos”.

---

<sup>299</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1996, p. 155.

<sup>300</sup> Ver, CANOTILHO, J. J.; Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed, 1991, p. 135-138.

Então, é de entender-se que “novos” direitos expressam a condição de direitos que se manifestam no momento mesmo em que se necessita indagar de sua existência para garantir a sua tutela, constituindo-se, assim, um conceito aberto e em permanente e constante mutação. Veja-se o seguinte exemplo: quando Carl Schmitt trata dos direitos fundamentais, o faz tratando-os como direitos novos, claro que do ponto de vista da positivação, que ele chamou de declaração formal, porque para eles tais direitos são “anteriores e superiores ao Estado”,<sup>301</sup> o que efetivamente corresponde à realidade ao tempo da Constituição de Weimar – que para ele foi o documento que tratou de direitos fundamentais pela primeira vez, na configuração que entende devam estes possuir.<sup>302</sup> Porém, confrontando esses direitos, vistos pela percepção de Carl Schmitt, com a realidade atual, verifica-se que já não há perfeita identidade entre aqueles e estes. Para o autor alemão, os “direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual livre, e, por certo, direitos que ele tem frente ao Estado”.<sup>303</sup> Hoje, a Constituição da República Federativa do Brasil consagra entre os direitos e garantias fundamentais direitos e deveres individuais e coletivos, disciplinando entre eles uma gama de direitos e deveres que se inserem na amplitude das relações sociais e não somente nas relações diante do Estado. Na concepção do mesmo autor, os direitos fundamentais devem ser absolutos,<sup>304</sup> o que, como já foi dito acima, não mais se coaduna com a manifestação de direitos de qualquer ordem na atualidade do Estado que se está vivenciando. Logo, os direitos fundamentais inserem-

---

<sup>301</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 169.

<sup>302</sup> Idem, *ibidem*, p. 168.

<sup>303</sup> Idem, *ibidem*, p. 170. Tradução livre do seguinte texto em espanhol: “Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.”.

<sup>304</sup> Idem, *ibidem*, p. 171.



se, sim, entre os “novos” direitos, mas hoje não mais aqueles descritos por Carl Schmitt, mas outros que possuem características que são, até certo ponto, opostas.

Percebendo-se os “novos” direitos sob a ótica de sua configuração e levando em conta a ordem de conflituosidade que eles envolvem, pode-se afirmar, desde logo, que os instrumentos jurídicos construídos para a tutela judicial de direito interindividuais, de configuração absolutamente diversa, não são adequados para a tutela efetiva daqueles. A demonstração dessa afirmativa é o objeto do próximo capítulo.

## **CAPÍTULO III**

### **OS CONCEITOS TRADICIONAIS QUE INFORMAM A TEORIA DO DIREITO, A TEORIA DO ESTADO E, ESPECIALMENTE, O PROCESSO CIVIL NÃO SE PRESTAM AO EMBASAMENTO DE UMA TEORIA GERAL DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS**

#### **1 Considerações iniciais**

Ficou demonstrado no capítulo anterior que a transformação do Estado determinou uma necessária transformação no Direito, especialmente no que se refere à diversidade de conflitos até então impensáveis, gerando, por sua vez, uma substancial mudança em direitos já conhecidos e reconhecidos e exigindo o reconhecimento e o enunciado de “novos” direitos. Toda essa verdadeira revolução, no entanto, não afastou grande parte dos direitos tradicionalmente inseridos nas relações interindividuais.

As Ações Constitucionais,<sup>305</sup> por serem instrumentos destinados a tutelar judicialmente certa gama de direitos, como ocorre com qualquer tipo de ação, têm sido estudadas e exercitadas à luz do Direito Processual Civil. Isso faz com que, indiscriminadamente, tais ações sejam localizadas no seio da teoria que trata do Processo Civil. Sendo o Processo Civil um instrumento de tutela de direitos intersubjetivos, ou seja, direitos fundados em relações eminentemente individuais, sua aplicação no âmbito das Ações Constitucionais implica também o uso de conceitos que estão com ele correlacionados e que não condizem com a realidade atual.

Importa, destarte, o estudo de alguns institutos que tradicionalmente são utilizados de forma equivocada no trato das Ações Constitucionais, para que se possa, posteriormente, entender algumas questões polêmicas, envolvendo a aplicação prática dessas ações. Assim, a seguir, são estudados alguns temas que são encarados como dogmas da teoria do Estado e do Direito e outros que são aplicáveis em outra esfera de protetividade judicial, especialmente na dos direitos interindividuais, e que dificultam ou impedem uma efetiva operação das referidas ações e, em consequência, não dão oportunidade de uma efetiva tutela de grande parte dos “novos” direitos. Nesse sentido, serão tratados a seguir temas como a dicotomia entre direito público e direito privado e a pretendida separação dos poderes do Estado, e, ainda, não se pode deixar de recapitular alguns conceitos básicos referentes ao direito de ação, tal como

---

<sup>305</sup> Para o âmbito deste trabalho estão sendo nominadas de Ações Constitucionais a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança, o Mandado de Segurança Coletivo, o “Habeas Data”, o Mandado de Injunção e a Ação Popular, que serão tratados de forma específica no quarto capítulo. Embora sejam também ações de ordem constitucional o “Habeas Corpus” e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o primeiro deixa de ser tratado porque se destina ao âmbito penal e, por isso, está fora dos limites propostos e a segunda, reconhecidamente com problemas idênticos às demais, tem uma legitimidade que lhe tira muito da característica de ação ligada à cidadania. De outro lado, é preciso esclarecer, desde logo, que as dificuldades que são apontadas no manejo daquelas ações são meramente exemplificativas e longe estão de serem exaustivas do tema em análise.

entendido de forma dominante na doutrina, com a finalidade especial de localizá-lo corretamente na Teoria Geral do Direito Processual.

O presente capítulo culminará com propostas de superação dos obstáculos com vistas a uma maior efetividade para a tutela protetiva das Ações Constitucionais.

## **2 A dicotomia Direito Público versus Direito Privado**

Reconhecendo, inicialmente, que o Direito é uno, a grande maioria dos doutrinadores tem aceitado a divisão do direito em dois grandes ramos: direito público e direito privado. Essa classificação advém do Direito Romano e é atribuída a Ulpiano, que a teria enunciado “logo no início do Digesto, que é uma parte ou livro do chamado *Corpus Juris Civillis*”, conforme leciona, por exemplo, José Cretella Júnior.<sup>306</sup>

Essa divisão é, para alguns autores, considerada absolutamente relevante. José de Oliveira Ascensão, entre outros, diz textualmente: “Já em Roma surgiu a distinção de todo o direito em público e privado, que é ainda hoje a distinção fundamental”.<sup>307</sup> No mesmo sentido, a lição de Paulo Dourado de Gusmão, para quem essa é “uma divisão fundamental do direito conhecida desde os romanos, que consideravam tratar o direito público da coisa pública [...], enquanto o direito privado, do interesse dos particulares”.<sup>308</sup> Ressalta também a importância em fazer-se tal distinção Miguel Reale, para quem “a distinção ainda se impõe, embora com uma alteração fundamental na teoria romana, que levava em conta apenas o elemento do interesse da coletividade

---

<sup>306</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 60.

<sup>307</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 283.

<sup>308</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 181.

ou dos particulares”.<sup>309</sup> Para este autor, necessário se faz, para complementar a noção advinda do Direito Romano, uma análise em relação ao conteúdo, ou seja, o interesse, e à forma de relação, quais sejam, de coordenação (Direito Privado) ou de subordinação (Direito Público).<sup>310</sup>

Para outros autores, no entanto, tal dicotomia não é assim tão fundamental, justificando-se somente em razão de uma função didática<sup>311</sup> ou, como ensina Machado Neto, trata-se somente de distinção que tem a finalidade de “aspecto indubitavelmente histórico-condicionado e dogmático-positivo”.<sup>312</sup> Embora continue utilizando a dicotomia para classificar os ramos do Direito, Hermes Lima nega importância a tal distinção, chegando a afirmar que “a velha divisão baseada numa divergência de interesses [...] tem sentido social muito limitado”.<sup>313</sup>

Ainda, um determinado número de autores aceita a dicotomia sem qualquer discussão sobre sua origem ou pertinência, passando simplesmente a classificar os denominados sub-ramos do direito, como o faz, exemplificativamente, Paulino Jacques, que, ao apresentar as noções gerais do direito positivo brasileiro, inicia capítulos distintos nominando-os de: a) Direito Privado e seus principais ramos, e b) Direito Público e seus principais ramos.<sup>314</sup>

Roberto Thomas Arruda noticia que existem mais de cem teorias pretendendo determinar “critérios distintivos entre direito público e privado”,<sup>315</sup> o que infirma o

<sup>309</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 336.

<sup>310</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>311</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 61.

<sup>312</sup> MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 321..

<sup>313</sup> LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 218.

<sup>314</sup> JACQUES, Paulino. *Curso de introdução à ciência do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 259-276.

<sup>315</sup> ARRUDA, Roberto Thomas. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 87.

entendimento daqueles que pensam ser essa divisão um problema “de natureza essencial, lógico-jurídico-formal e, pois, *a priori* e universal”.<sup>316</sup>

No entanto, mais correto o entendimento de Roberto Átila Amaral Vieira, que, inicialmente, afirma:

“Toda classificação é contingente, artificial, uma forma de disciplina e controle da realidade. Arbitrária, ela não obedece a regras, mas aos critérios que ela mesma estabelece. Presentes em todos os manuais, as classificações de direito buscam justificativa, no geral, em uma alegada comodidade expositiva, aliada a funções prático-sociais no jogo social; malgrado a ostensiva ausência de justificativa científico-jurídica, as classificações procuram elevar-se ao nível do conhecimento teórico. Todas elas, porém, históricas correspondem, em suas variações até, a momentos diversos da evolução jurídica, que seguem de perto a evolução da sociedade, e, nesse quadro, desempenham uma determinada função, um papel e um partido, escamoteados pelo formalismo jurídico de sua apresentação”.<sup>317</sup>

É exatamente essa função denunciada por Amaral Vieira que cumpre a classificação do direito em público e privado que não passa, no dizer do autor, de um artifício técnico para estabelecer e aprofundar a oposição entre homem e Sociedade – a separação inicial entre o indivíduo e seu grupo social se transforma em seguida em oposição.<sup>318</sup> Com razão se pode afirmar com o autor que “essa distinção liberal-idealista, de base puramente ideológica, procura confundir o *privado*, o individual e o individualista, com os conceitos de liberdade e de democracia, e, *contrario sensu*, o *público*, vale dizer, o social (sotoposto) com o seu contrário, o imperativo, o normativo e o impositivo, em oposição a consensual que seria um atributo do direito civil, *privado*”.<sup>319</sup>

---

<sup>316</sup> MACHADO NETO. A. L., op. cit., p. 320. Este autor se insurge contra este entendimento, opondo-lhes aquele citado acima, no texto.

<sup>317</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 568.

<sup>318</sup> Idem, *ibidem*, p. 569.

<sup>319</sup> Idem, *ibidem*.

Essa oposição, conforme já ficou demonstrado nos capítulos precedentes, é característica das relações sociais e jurídicas da forma como ocorriam no interior do Estado Moderno e que longe estão de corresponder à realidade do que ocorre no Estado Contemporâneo. Assim, não há mesmo qualquer interesse nessa dicotomia, artificial, no atual estágio do direito, bem como sem sentido se pode afirmar ser a questão bastante em moda: se a tendência é a de publicização ou privatização do direito.<sup>320</sup>

A seguinte passagem do pensamento de Amaral Vieira é também importante:

“Quer-se afirmar que a distinção, tanto quanto a oposição entre esses dois ramos do direito criados pelos juristas, não é natural; diz-se que ela não é lógica em si, diz-se ainda que ela tem explicação nas necessidades do Estado burguês. Mas diz-se ainda mais que essa classificação, além de cultural é justificada ideologicamente pelo liberalismo jurídico, é uma classificação histórica, presa à história de uma sociedade que conheceu a gradual dominação do modo de produção capitalista”.<sup>321</sup>

Comprova a afirmação de que se trata de uma criação artificial o fato de que essa classificação “não faz parte do sistema de pensamentos legais norte-americanos”.<sup>322</sup> De outro lado, a afirmação de que a distinção é histórica e que não mais tem razão de ser no momento atual do direito fica demonstrada pela descrição das transformações ocorridas na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo e, exemplificativamente, pelas relações jurídico-sociais que determinam o surgimento, o enunciado e/ou a tutela dos direitos difusos e coletivos.<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> VIEIRA, Roberto Átila Amaral, op. cit., p. 571-574.

<sup>321</sup> Idem, ibidem, p. 574.

<sup>322</sup> Idem, ibidem, p. 576.

<sup>323</sup> Nesta última hipótese os exemplos das possibilidades de tutela dos direitos do consumidor que foram desenvolvidos no capítulo anterior são suficientes para fundamentar a afirmação.

Diante dessas considerações, em grande medida têm razão Enrique Aftalion, Fernando Olano e Jose Vilanova, que, apesar de entenderem cabível utilizar-se a divisão mais em homenagem à tradição e pela clareza didática, reconhecem que “do ponto de vista prático tem mais interesse a divisão entre normas e instituições que afetam a *ordem pública* e normas e instituições que não a afetam”.<sup>324</sup>

Trazer ao debate esse tópico tem um duplo interesse. De um lado, porque essa divisão é usada pela grande maioria dos autores que fazem escola na doutrina jurídica brasileira, embora ela não mais reflita a realidade – se é que um dia representou; de outra parte, porque ao utilizar esses conceitos, os operadores jurídicos terminam por não identificar claramente direitos que não obedecem e não podem obedecer a uma classificação dessa ordem, e por não promover a adequada tutela quando utilizam as ações de ordem constitucional.

### **3 Sobre a divisão das funções no exercício do Poder do Estado**

Um conceito que habita os manuais de Teoria do Estado e de grande parte dos livros jurídicos é o de que o Estado, para cumprir seus fins, exerce três funções distintas: legislar, administrar e jurisdicionar. Essas três funções são atribuídas a três instâncias de exercício do Poder do Estado que, embora sejam harmônicas entre si, não se confundem. Essas instâncias se materializam nos chamados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

---

<sup>324</sup> AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, Jose. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: La Ley, 1967, p. 552. O texto citado é tradução livre da seguinte passagem em espanhol: “... desde el punto de vista práctico tiene más interés la división entre normas e instituciones que afectan al *orden público* y normas e instituciones que no lo afectan”.



Esse conceito está consagrado no direito positivo, uma vez que a CRFB/88, em seu artigo 2º, dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Embora não corresponda à realidade, o certo é que a divisão de funções entre as instâncias de exercício de Poder do Estado, que a Constituição denomina de Poderes, como se verifica na transcrição acima, tem assumido o caráter de um dogma quase que absoluto, especialmente na prática forense, como se vai verificar de forma mais completa no quarto capítulo do trabalho, quando é enfrentada a atividade de operação das Ações Constitucionais. Em muitas oportunidades, o Estado tem deixado de desempenhar, por meio de um ou algumas de suas instâncias de exercício de Poder, as funções que lhe são atinentes, seguindo de forma absoluta a corriqueira afirmação de que um Poder do Estado não pode se imiscuir na esfera de funções de outro, quando a própria ordem constitucional lhe atribui o dever de desempenhar função diversa daquela que é considerada típica de seu âmbito de atuação. Isso se deve, em certa medida, à forma de redação de normas como a do artigo 2º da Constituição, antes transcrito, que contém um aparente absolutismo, e de outros, por lições como a que se transcreve a seguir – fartamente encontráveis nos manuais de Direito, especialmente quando se trata de explicar a jurisdição, que é citada aqui de forma meramente exemplificativa:

“O Estado moderno, no desempenho de sua finalidade, qual a de conservar e desenvolver as condições da vida em sociedade, exerce três funções distintas, conquanto harmônicas entre si, correspondentes aos três poderes – Legislativo,

Executivo e Judiciário – em que distribui o seu poder soberano, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional”.<sup>325</sup>

O mesmo autor, logo em seguida, ao tratar especificamente da jurisdição, afirma que “esta função do Estado é própria e exclusiva do Poder Judiciário”.<sup>326</sup> Faz coro com tal ensinamento Fernando Costa Tourinho Filho, que, tratando da jurisdição em ensinamentos voltados aos estudiosos do Direito Processual Penal, afirma com a mesma peremptoriedade a atribuição de funções aos Poderes do Estado e assegura que a função jurisdicional é monopólio do Poder Judiciário.<sup>327</sup>

Essa forma de entendimento não só não corresponde à forma de organização do Estado brasileiro, mas tem contribuído, em muito, para a diminuição da potencialidade de várias ações constitucionais, como ficará comprovado no estudo particularizado procedido no capítulo seguinte. Por ora, no entanto, é preciso desmitificar o absolutismo do entendimento e das afirmações como as acima analisadas.

Uma observação mais atenta dessa repartição das funções do Estado entre os Poderes enunciados no artigo 2º da Constituição leva de forma simples à conclusão a que já havia chegado há muito tempo Paulo Dourado de Gusmão:

“LOCKE e MONTESQUIEU sustentaram que para ser evitado o abuso de poder é necessário que os poderes sejam divididos e exercidos por órgãos diferentes. Deve, diziam eles, haver independência entre os poderes. Teríamos, assim, o Poder Legislativo, com a missão de exercer a função legislativa; o Poder Executivo exercendo a função executiva e o Poder Judiciário a jurisdicional. Cada poder deveria controlar o outro. Em nossa época, a “teoria da divisão dos poderes”, transformou-se em *teoria da divisão das funções*, cabendo a cada órgão uma dessas funções a título principal, podendo exercer outra a título acessório”.<sup>328</sup>

---

<sup>325</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 65-66. (V. 1).

<sup>326</sup> Idem, *ibidem*, p. 67.

<sup>327</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 38. (Vol. 2).

<sup>328</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de, *op. cit.*, p. 422.

No mesmo sentido, José Cretella Júnior ensina que, “na realidade, os três Poderes do Estado julgam, administram e legislam, pois, além das atividades peculiares, ‘por excelência’, normais, desempenham ‘por exceção’ atividades típicas dos outros Poderes”.<sup>329</sup> Esse autor prossegue demonstrando com exemplos sua afirmação.

Mais enfático, no entanto, é o estudo e o pensamento de Roberto Átila Amaral Vieira. Após fazer uma aprofundada análise das bases teóricas, da contextualização histórica, do conceito e da fonte principal da concepção, ou seja, do pensamento de Montesquieu,<sup>330</sup> o autor oferece a seguinte conclusão crítica:

“A *separação dos poderes*, presente nos textos constitucionais, é, porém, uma mera figura retórica na vida dos países. Em quase todo o mundo ela esbarra na proeminência do Executivo, impondo agilidade onde só existia a paralisia do poder estatal. Cumprido o seu papel histórico, armar a burguesia ascendente em seu confronto com a realeza absolutista – o princípio da separação encontra-se sem papel face ao Estado moderno; como técnica, a separação é obsoleta e ultrapassada; como princípio é um anacronismo. Não há mais o absolutismo da realeza, o absolutismo dos Parlamentos ou dos tribunais; não há mais o império do individualismo. A democracia burguesa é agora de cunho social, e seu Estado crescentemente intervencionista. Técnica hoje substantivamente jurídica, serve, tão-só, de elemento referencial na organização do Estado. Mais do que ‘separação’, o que o espírito da moderna burguesia persegue em matéria da administração política e constitucional dos poderes é a sua legalidade formal, o estabelecimento preciso de áreas e espaços que não são e nem jamais foram iguais”.<sup>331</sup>

Em outro lugar, ainda de forma mais clara, lembra que “essa autarquia de poderes não existe e jamais existiu mesmo no regime que serviu de modelo à

---

<sup>329</sup> CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 186.

<sup>330</sup> Ver AMARAL VIEIRA, Roberto Átila, op. cit., p. 253-266.

<sup>331</sup> Idem, ibidem, p. 264-465.

generalização pretendida por Montesquieu, a Monarquia inglesa do século XVIII”,<sup>332</sup>  
para concluir com propriedade:

“A teoria da *separação dos poderes* encontra-se, em nossos dias, na prática, contestada pelo Estado moderno, no qual a supremacia do Executivo, mesmo nos regimes que exercem a democracia em sua feição liberal-burguesa, transformou a separação dos poderes em letra morta das Constituições de fundo liberal –, embora preservando aparelhagens executivas, legislativas e judiciárias autônomas – relíquia histórica do grande museu da ciência política”.<sup>333</sup>

Basta somente lembrar o exemplo mais enfático encontrável no direito positivo e na prática diária da vida brasileira, que é o da utilização das Medidas Provisórias (artigo 62 da CRFB/88), para que se constate de imediato o acerto das afirmações antes transcritas. Aliás, foi exatamente examinando o tema da legislação pelo Poder Executivo que Clèmerson Merlin Clève também enfrentou o tema afirmando a mudança da concepção da separação da funções do Estado:

“Por outro lado, a sociedade mudou. Não se constitui mais de um conjunto de cidadãos iguais, que livres da ação estatal, tratam de cuidar de seus negócios e interesses privados. A mesma cadeia de dependência que une o cidadão e o poder igualmente une os cidadãos entre si. Ademais, a sociedade de pequenos proprietários, livres e iguais, dinamizadores da liberdade de iniciativa e do livre mercado, desde há muito sucumbiu. A sociedade contemporânea é integrada por cidadãos, mas também por grupos. A sociedade identifica-se com o espaço onde circulam os indivíduos e atuam os mais diferentes grupos: os seres coletivos. São as grandes corporações, os sindicatos, os partidos políticos, as associações culturais e de classe, a igreja, as grandes empresas, os conglomerados bancários: grupos dotados de interesses próprios, quase nunca coincidentes com aqueles do Estado, que muitas vezes disputam poder com este, e não poucas vezes são mais poderosos que ele.

Ora, no mundo de hoje, o homem necessita preocupar-se com o Estado. Também deve precaver-se contra os grupos, porque, em face deles, mais uma vez a liberdade corre perigo. É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio dos grupos e corporações.

---

<sup>332</sup> AMARAL VIEIRA, Roberto Átila, op. cit., p. 41.

<sup>333</sup> Idem, ibidem, p. 42.

Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado.

Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pelas forças dinamizadoras do tecido societário. A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes”.<sup>334</sup>

Por ser um dos obstáculos mais importantes na operação de algumas Ações Constitucionais, não se poderia deixar de demonstrar que o discurso sobre a divisão das funções no exercício do Poder do Estado, pelo menos na forma e para as finalidades com que vem sendo usado, não corresponde à realidade.

#### **4 Do direito de ação no Processo Civil**

Profundamente ligada à idéia de Estado, como toda a ordem jurídica, está a noção do direito de ação. Os autores fundamentam tal direito no fato de ter o Estado, quando de sua organização e do estabelecimento de sua ordem jurídica, determinado o fim da defesa, pelo próprio interessado, dos interesses sob a proteção do direito objetivo. Vedada, portanto, a autotutela dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, surge o poder-dever de o Estado prestar a jurisdição, ou seja, o poder-dever de dizer o direito ao caso concreto. Acerca da vedação da autotutela, Fábio Luiz Gomes diz ser o “pressuposto inafastável à organização e à própria existência do

---

<sup>334</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43-44.

Estado”.<sup>335</sup> E ao direito que tem o cidadão de exigir do Estado o exercício da função jurisdicional é que os autores chamam de “ação”.

José Frederico Marques esclarece: “A ação não é direito à tutela jurisdicional, mas apenas o direito de pedir essa tutela”.<sup>336</sup>

Verdadeiras revoluções conceituais ocorreram para que se chegasse ao entendimento hodierno, ainda que, é preciso reconhecer, não se tenha chegado a um porto seguro.

Fazendo-se um apanhado histórico, pode-se verificar a evolução experimentada pelo instituto. No entanto, é preciso frisar, desde logo, que todo o estudo que se segue foi desenvolvido no (e para o) Processo Civil, ou seja, para o instrumento de tutela de direitos interindividuais. Pode parecer, em um primeiro momento, que a análise esteja longa e em desacordo com os propósitos do trabalho, que é, exatamente, retirar do âmbito do Processo Civil as Ações Constitucionais. Todavia, faz-se absolutamente necessária esta abordagem para que fique claro que em toda a sua trajetória, do nascimento até os dias atuais, a concepção que envolve o direito de ação no Processo Civil nunca contemplou (porque nem mesmo era a sua finalidade e, por isso mesmo, não teria porque contemplar) a realidade descortinada com o surgimento das Ações que são o objeto central deste trabalho.

---

<sup>335</sup> GOMES, Fábio Luiz. *Da Ação*. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da *et al.* Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983, p. 89.

<sup>336</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 169. (1º vol.).

## 4.1 Principais Teorias

### 4.1.1 Teoria Civilista

Os romanos entendiam o direito de ação como o exercício do próprio direito material. O Pretor Romano Celso enunciou esta concepção na célebre definição: “A ação nada mais é que o direito de pedir em juízo o que nos é devido”.<sup>337</sup> No entanto, foi Savigny que se encarregou de desenvolver aquela que ficou conhecida como a Teoria Civilista. Sendo o principal teórico dessa teoria, seus princípios impressionaram os juristas até metade do século XIX.

Entendia Savigny que a violação de um direito gerava, para aquele que a sofria, uma relação ou direito denominado direito de ação ou, simplesmente, ação, como se verifica na seguinte passagem:

“Todo direito toma, em consequência de sua violação, um determinado aspecto que vou explicar. Considerando em conjunto nossos direitos, resulta que alguns existem em relação com todos os homens e outros somente se exercitam face a indivíduos determinados, este último caráter apresentam, desde logo, as obrigações. Porém, a violação de nossos direitos não é concebível senão pelo ato de uma pessoa determinada, ato este que estabelece entre nós e esta pessoa uma relação de direito especial e nova, cujo conteúdo é a reparação da violação. Em consequência, esta reclamação exercitada contra uma determinada pessoa e a também sobre determinado objeto, tem o caráter de uma obrigação; de maneira que aquele que sofreu a violação e aquele que a cometeu, ou demandante e demandado, se encontram em situação que corresponde a de um credor e um devedor. Além disso, ainda que esta nova relação permaneça no estado de possibilidade e não determine ato algum da parte lesada, não podemos considerá-la como obrigação verdadeira e perfeita, senão como um germe suscetível de transformar-se, em virtude de seu natural desenvolvimento, em verdadeira obrigação.

---

<sup>337</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 93; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 149. (Vol. 1).

A relação da qual a violação resulta, ou seja, o direito conferido à parte que sofreu a lesão, se chama *direito de ação* ou *ação*.<sup>338</sup>

Na esteira desse entendimento, de que o direito de ação é o próprio direito material exercitado em juízo, alguns importantes autores terminaram por definir a ação como: “o direito em seu exercício”, segundo Vinnius; “direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação”, conforme Unger; “um direito elevado à segunda potência”, na visão de Mattiolo; ou, ainda, “uma posição do direito”, no dizer de Filomusi Guelfi.<sup>339</sup>

A identificação do direito de ação com o próprio direito subjetivo material em exercício leva às seguintes conclusões necessárias: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

#### 4.1.2 Polêmica entre Windscheid e Muther sobre a natureza da ação

Importante para o desenvolvimento do estudo da ação foi a publicação, em 1856, do livro de Bernhard Windscheid, que critica a concepção de Savigny, dando início a uma polêmica com Muther. Esse debate lançou luzes sobre o estudo da **actio**

---

<sup>338</sup> SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Tomo 4. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s.d., p. 9-10. A transcrição é tradução livre do seguinte texto em espanhol: “Todo derecho toma, por consecuencia de su violación, un determinado aspecto que voy á explicar. Considerando en conjunto nuestros derechos, resulta que unos existen en relación con todos los hombres y otros solamente se ejercitan respecto de individuos determinados, cuyo último carácter presentan desde luego las obligaciones. Pero la violación de nuestros derechos no es concebible sino por el hecho de una persona determinada, hecho que establece entre nosotros y esta persona una relación de derecho especial y nueva, cuyo contenido es la reparación de la violación. En su consecuencia, esta reclamación ejercitada contra una determinada persona y respecto de un determinado objecto también, ofrece el carácter de una obligación; de manera que el que ha sufrido la violación y el que la ha cometido, ó el demandante y demandado, se encuentran en la situación respectiva de un acreedor y de un deudor. Mas, en tanto que esta nueva relación permanece en el estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no podemos considerarla como obligación verdadera y perfecta, sino como un germen susceptible de transformarse, por virtud de su natural desenvolvimiento, en verdadera obligación. La relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada, se llama *derecho de acción ó acción*”.

<sup>339</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 94; SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 150.



romana, contribuindo para um significativo avanço na compreensão da ação como direito diverso do direito material.

Windscheid, em censura àqueles que estudavam o Direito Romano como absoluto e de forma apriorística, entre os quais se encontrava Savigny, nega que os romanos identificassem o direito de ação com o direito material, posto que “Não era necessário passar muitas páginas do *Corpus Juris* para encontrar nele referências a *acciones* que não pressupunham a **lesão** de um direito”.<sup>340</sup> Logo, a ação está no lugar do direito e não é uma emanção dele.<sup>341</sup>

Mas a *actio* representava, também, um direito decorrente da atividade do magistrado – encarregado de dizer o direito –, sendo, então o direito de perseguir em juízo o que é devido. Nesse sentido, a ação romana equivale ao que, já na época, os alemães chamavam de pretensão.<sup>342</sup>

Por fim, esclarece que os romanos ainda entendiam por ação toda a atividade desenvolvida no processo, até a decisão, enquanto, na Alemanha de sua época, ação é o primeiro ato processual de quem faz valer uma pretensão.<sup>343</sup>

Theodor Muther, em livro publicado no ano seguinte, fez severa crítica a Windscheid, ante o desprezo com que este tratou Savigny. Entretanto, Muther revelou profundo estudo sobre a **actio** romana, conflitando frontalmente com as conclusões de seu opositor. Afirmou Muther que no direito romano a **actio** foi, em um primeiro

---

<sup>340</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La “Actio” del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista del Derecho Actual*. In: Polêmica Sobre la “Actio”, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 6. Tradução livre da seguinte passagem em Espanhol: “No era necesario pasar muchas páginas del *Corpus Juris* para hallar en él referencia a *acciones* que no presuponen la **lesión** de un derecho”.

<sup>341</sup> Idem, *ibidem*, p. 10.

<sup>342</sup> Idem, *ibidem*, p. 10-12.

<sup>343</sup> Idem, *ibidem*, p. 14.

momento, ato bilateral que dava início ao processo, posto que ninguém poderia comparecer a juízo desacompanhado da parte adversa, mas, posteriormente, quando o comparecimento perante o Pretor já não mais era necessário, a **actio** passou a ser entendida como o ato pelo qual o autor iniciava o processo. Eis a lição de Muther:

“*Actio* é pois a fórmula da ação, que deve ser observada e cumprida (*actio ad formam redacta*). Quando mais adiante desapareceu a *legis actio*, e com ela a personalização e a atuação solene das partes ante o pretor, subsistiram os termos *agere* e *actio* para designar o ato pelo qual o demandante iniciava o processo, e chegou inclusive a englobar todo o procedimento inicial que se desenvolvia ante o pretor”.<sup>344</sup>

O sentido dado à palavra “actio” era mais de aspirar à concessão de uma fórmula, já que esta estava desvinculada do direito material. É que ainda que o Pretor enunciasse a fórmula (e não estava obrigado a fazê-lo), poderia o juiz não confirmá-la. Dizendo que no direito romano o direito à fórmula era um direito contra o Pretor, detentor da soberania do Estado e, portanto, público, e o direito material, um direito privado, posto que era contra um cidadão particular, concluía Muther, a “actio” romana estava desvinculada do direito subjetivo material.<sup>345</sup>

Muther, no entanto, não se preocupou somente em demonstrar que Windscheid estava equivocado na análise da “actio” romana, mas sustentou a teoria de que a ação consiste no direito à tutela do Estado, garantida a quem seja ofendido no seu direito. Assim, a ação é o direito a invocar a tutela jurisdicional do Estado. Trata-se de direito

---

<sup>344</sup> MUTHER, Theodor. Sobre La Doctrina de La *Actio* Romana, Del Derecho de Accionar Actual, da la *Litiscontestatio* y de la Sucesion Singular en las Obligaciones. In: Polêmica Sobre la “Actio”, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 237. O texto citado é tradução livre do seguinte texto em espanhol: “*Actio* es pues la fórmula de la acción, que debe observarse y cumplirse (*actio ad formam redacta*). Cuando más adelante desapareció la *legis actio*, y con ella el apersonamiento y la actuación solemne de las partes ante el pretor, subsistieron los términos *agere* y *actio* para designar el acto por el cual el demandante iniciaba el proceso, y llegó incluso a abarcar todo el procedimiento incoativo que se desarrollaba ante el pretor”.

<sup>345</sup> Idem, *ibidem*, p. 238-240.

subjetivo público de exigir aquela tutela, mas exercitável somente a quem tenha o direito subjetivo material violado.<sup>346</sup>

No mesmo ano da publicação do livro de Muther, Windscheid oferece a sua réplica, afirmando que aquela teoria é inconsistente, mas aceita, veladamente, a tese de seu contendor, reconhecendo a existência de dois direitos, um dirigido contra o Estado e outro em oposição ao particular. Mais tarde, Windscheid aceita abertamente a existência desses dois planos do direito.<sup>347</sup>

De outro lado, Muther, ainda que não expressamente, também concordou com Windscheid no que se refere à crítica lançada contra os civilistas. É que estes, entre eles Savigny, por óbvio, não se deram conta de que Celso tratou somente da ação sob o ângulo do direito material, não tendo, com isso, a preocupação com a ação improcedente.

#### **4.1.3 Teoria do Direito Concreto da Ação**

É preciso fazer uma inversão na ordem cronológica, seguindo orientação comumente adotada entre os autores, para seguir o critério evolutivo das concepções sobre a ação.

Em 1885, Adolph Wach publicou o livro denominado “Manual de Direito Processual Civil Alemão”, reconhecendo expressamente que Windscheid havia dado o primeiro passo, ao afirmar a independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material. Mas, para Wach, ainda que o direito de ação não se confunda com o direito

---

<sup>346</sup> MUTHER, Theodor, op. cit., p. 248-254.

<sup>347</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther. In: Polêmica Sobre la “Actio”, Bernhard Windscheid y Theodor Muther.* Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 293-355.

material, aquele sempre decorre deste, salvo no caso da ação declaratória negativa. Assim, concluía que o direito de ação estava condicionado à existência de um direito material violado ou de um interesse juridicamente protegido. Por conseguinte, o direito de ação era o direito à sentença favorável. Assim, só existiria o direito de ação quando o pedido do autor fosse procedente. Quando a demanda fosse julgada improcedente, não haveria a ação. Esta última afirmação não encontrava exceção nem mesmo no caso da ação declaratória negativa, posto que nesta a procedência era exatamente a declaração da inexistência de relação jurídica de direito material, pelo que também esta ação deveria, para ser ação, ser julgada procedente.<sup>348</sup>

Wach encontrou vários seguidores e alguns que terminaram por formular teorias com peculiaridades diversas, mas com forte raiz na sua, a qual denominou de “Teoria da concreta pretensão à proteção do direito pelo Estado”,<sup>349</sup> mais conhecida por “Teoria do Direito Concreto de Ação”,<sup>350</sup> ou “Teoria do Direito Concreto à Tutela”.<sup>351</sup>

Era esta também a concepção de Oskar Von Bülow:

“O tribunal não só deve decidir sobre a existência da pretensão jurídica pleiteada, mas, para poder fazê-lo, deve também certificar-se sobre a ocorrência das condições de existência do processo mesmo: além dos *pressupostos de fato da relação jurídica privada litigiosa* (da *res in iudicium deducta* [coisa deduzida em juízo (ou levada a juízo)]), tem que comprovar se ocorre o *pressuposto de fato da relação jurídica processual* (do *iudicium*)”.<sup>352</sup>

<sup>348</sup> WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 24-34, 49. (Vol. I).

<sup>349</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 260. (Vol. 1).

<sup>350</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 101.

<sup>351</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 150.

<sup>352</sup> BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 6-7. A transcrição consiste na tradução livre do seguinte texto em espanhol: “El tribunal no sólo debe decidir sobre la existencia de la pretensión jurídica en pleito, sino que, para poder hacerlo, también debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo: además de los *supuestos de hecho de la relación jurídica privada litigiosa* (de la *res in iudicium deducta* [cosa deducida en juicio (o levada a juicio)]), tiene que comprobar si se da el supuesto de hecho de la *relación jurídica procesal* (del *iudicium*)”.

#### 4.1.4 Teoria da Ação como Direito Potestativo

Classificada por alguns autores como uma variante da teoria do direito concreto de agir, Chiovenda, que afirma ser Wach a sua mais importante fonte de inspiração, elaborou seu conceito de ação sob a ótica do direito potestativo. Para ele, a ação não se dirige contra o Estado, mas é o direito de exigir a prestação jurisdicional em relação ao adversário (contra o adversário). Oportuna a seguinte passagem da obra de Chiovenda:

“Se a doutrina de WACH contém um grande fundo de verdade, ao por em evidencia a autonomia da ação, deve-se, não obstante, reconhecer como exagero inaceitável dessa idéia de autonomia da ação aquelas teorias que, de um ou outro modo, revertem ao conceito do denominado *direito abstrato de agir*, conjecturado como simples *possibilidade jurídica* de agir em juízo, independentemente de um êxito *favorável*. Teorias tais, passíveis de alguns sequazes inclusive na Itália, têm origem, umas mais, outra menos, na doutrina de DEGENKOLB, o primeiro a definir a ação (1877) como ‘*um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se*’. Entretanto, o próprio fundador de tal teoria abandonou-a, reconhecendo que um direito de agir, correspondente, *não a quem tem razão*, mas a *qualquer* que a creia ter, não é um direito subjetivo, senão mera faculdade jurídica. Não há dúvida de que qualquer pessoa tenha a possibilidade material e também jurídica de agir em juízo; mas essa mera possibilidade (que assiste também a quem não se encontre naquela condição, tão difícil de positivar, que é a boa fé, isto é, a convicção de ter razão) não é o que sentimos como ação, quando dizemos: ‘Tício tem ação’, pois, com isso, entendemos indicar o direito de Tício de obter um resultado *favorável* no processo”.

Segue afirmando:

“Quanto a mim, que comecei a ocupar-me desses problemas quando a categoria dos direitos potestativos estava já largamente estudada na doutrina, não tive dificuldade, com o subsídio de semelhantes estudos, em ser o primeiro a inscrever a ação naquela categoria: recolhendo a parte substancial da teoria de Wach, defini a ação como um ‘direito potestativo’ (1903).

Observei que, se em verdade a coação é inerente á idéia do direito (não no sentido de que, para se ter direito, se deve poder efetivamente atuá-lo, e sim no de que tende a atuar de fato com todas as forças que estão *de fato* á sua disposição); sem em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-la com sua prestação, tende á sua atuação por outra via, e que, mesmo, em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no

processo; todavia, normalmente, êsses órgãos só a pedido de uma parte podem prover á atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de uma *condição*, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz que êsse indivíduo tem *ação*, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei”.

Afirma, ainda:

“A ação é, portanto, *o poder de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*. Definição que, bem examinada, coincide com a das fontes: *nihil eliud est actio quam ius persequendi iudicio sibi debetur* (Ist. IV, 6, pr); onde é evidentíssima a contraposição do direito ao que nos é devido, ao direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio persequendi*).

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante dêsse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública”.<sup>353</sup>

Extrai-se do texto transcrito que, mesmo Chiovenda tendo alguma divergência com Wach, para ambos a causa da ação é a mesma. Assim, é correto o entendimento dos autores quando afirmam ser Chiovenda um dos adeptos da teoria concreta.<sup>354</sup>

De igual teor e quase concomitante foi o escrito formulado por Weismann, na Alemanha.<sup>355</sup>

A teoria da ação vista como direito potestativo foi muito criticada, especialmente por Alfredo Rocco e Ugo Rocco, uma vez que, tendo a ação como a vontade exclusiva do autor, sem qualquer obrigação por parte do réu, gera uma relação jurídica deformada, levando em conta uma só das partes. Diz Ugo Rocco:

“Não cremos que esta teoria possa ser, de modo algum, aceita.

---

<sup>353</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942, p. 52-54. (Vol. I).

<sup>354</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 105.

<sup>355</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 152

Estamos convencidos, acima de tudo, da absoluta impropriedade técnica do conceito do direito potestativo e sua nenhuma utilidade para a construção da ação como direito subjetivo.

Direito potestativo não seria outra coisa do que um direito que se esgota em uma simples faculdade, à qual não corresponde obrigação nenhuma para o outro, exceto a necessidade de sofrer os efeitos jurídicos produzidos pelo exercício daquela faculdade”.<sup>356</sup>

O próprio Liebman, um dos principais discípulos de Chiovenda, não deixou de considerar que a divergência entre a concepção de seu mestre e a da teoria civilista está mais nas palavras do que na substância.<sup>357</sup>

#### 4.1.5 Teoria do Direito Abstrato de Agir

Quase simultaneamente foram publicadas as obras de Plósz (1876), na Hungria, e de Degenkolb (1877), na Alemanha. Ambos lançaram os alicerces da teoria que ficou conhecida como teoria da ação em sentido abstrato, porque, para eles, o direito de ação independe de qualquer outro direito anterior. Seria, então, um direito subjetivo público, exercitável contra o Estado e que obriga o réu a comparecer em juízo. O direito de agir decorre da própria personalidade e nada tem em comum com o direito privado argüido pelo autor. Basta, portanto, que o autor faça referência a um interesse seu, abstratamente protegido pelo direito, para que o Estado preste a jurisdição, ainda que seja a decisão final contrária a esse mesmo interesse.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Bogotá/Buenos Aires: Editorial Temis/Editorial Depalma, 1969, p. 79. (Vol. I). A citação é tradução do seguinte texto em espanhol: “No creemos que esta teoría pueda ser en modo alguno eceptada. Estamos convencidos, ante todo, de la absoluta impropriedad técnica del concepto del derecho potestativo y de su ninguna utilidad para construcción de la acción como un derecho subjetivo. Derecho potestativo no seria otra cosa que un derecho que se agota en una simple facultad, a la cual no corresponde obligación alguna en otro, excepto la necesidad de sufrir los efectos jurídicos producidos por el ejercicio de aquella facultad”.

<sup>357</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi de Processo Civile*. Napoli: Morano, s.d., p. 28, 48.

<sup>358</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 106-107; SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 152.

Degenkolb explica que o Estado, ao proibir o exercício da chamada justiça de mão própria, passou a ser devedor da prestação jurisdicional, ou seja, avocou o dever de distribuir e administrar a justiça. Então, deixando o cidadão de exercer por si próprio a justiça,<sup>359</sup> tem o direito de exigir do Estado, por meio da ação judicial, a tutela de seus direitos e interesses.

Dessa forma, o direito de ação é preexistente à demanda. E esta é tão-só o instrumento pelo qual o direito pode ser exercido.

O único limite para o exercício da ação, tanto para Plósz, como para Degenkolb, é a boa fé do autor, uma vez que necessário se faz que este acredite na existência do direito subjetivo que reclama em juízo. Contra o requisito da boa-fé, como, aliás, contra toda a teoria do direito abstrato, insurge-se Chiovenda, como visto na transcrição feita acima.

Apesar das críticas feitas por Chiovenda, essa teoria teve grande repercussão na Itália, especialmente pela adesão de Alfredo Rocco e de Ugo Rocco, que terminaram por dar grande contribuição ao seu desenvolvimento. Ugo Rocco, que segue a mesma orientação de Alfredo Rocco, afirma:

“De todo o exposto, podemos deduzir que o direito de ação é um direito público subjetivo individual do cidadão frente ao Estado, personificado pelos órgãos jurisdicionais, pertencente à categoria dos direitos públicos subjetivos de obrigação, que se chamam direitos cívicos. Tal direito tem, como elemento substancial, o interesse secundário e geral do particular, enquanto sujeito de direitos ou pessoa, à intervenção do Estado para a eliminação dos obstáculos que, por uma razão qualquer (incerteza, inobservância), interpõem-se à realização dos interesses de direito material (direitos subjetivos ou situações juridicamente relevantes), tutelados pelo direito objetivo.

Objeto de tal direito é a prestação da atividade jurisdicional por parte do Estado, através dos órgãos especiais a isso destinados, dirigida à finalidade de declarar o

---

<sup>359</sup> O termo “justiça” é empregado aqui, para ser fiel ao pensamento do autor, na acepção de tutela dos direitos que o interessado entende possuir.



direito incerto ou de realizar, mediante o uso de sua força coletiva, os interesses cuja tutela seja certa”.

Segue o autor:

“Este direito público de obrigação, como quase todos os direitos públicos que tenham por conteúdo a obrigação do Estado a uma prestação assumida em consideração ao interesse individual do particular, e, ao mesmo tempo, ao interesse geral da coletividade, tem a característica de ser um direito público de obrigação com elementos indeterminados, mas determináveis, e o modo ou o critério em virtude do qual se faz a determinação, é o requerimento ou demanda da prestação dirigida ao Estado, em que todos os elementos da relação obrigatória vêm a individualizar ou determinarem-se”.

Por fim, enuncia o seu conceito de direito de ação:

“DEFINIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO - O direito de ação pode se definir, por conseguinte: o direito de pretender a intervenção do Estado à prestação da atividade jurisdicional, para a declaração de certeza ou realização coativa dos interesses (materiais ou processuais) tutelados em abstrato por normas do direito objetivo”.<sup>360</sup>

A partir da teoria da ação no sentido abstrato, aceita em seu princípio básico, várias outras concepções foram surgindo, embora nem todas tivessem conseguido formar uma corrente expressiva. Algumas, na verdade, somente aderiram ao cerne do

---

<sup>360</sup>·ROCCO, Ugo, op. cit., p. 271-272. A citação é tradução livre do seguinte texto em espanhol: “De todo el expuesto podemos deducir que el derecho de acción es un derecho público subjetivo individual del ciudadano frente al Estado, personificado por los órganos jurisdiccionales, perteniente a la categoría de los derechos públicos subjetivos de obligación, que se llaman derechos cívicos. Tal derecho tiene, como elemento sustancial, el interés secundario y general del particular, en cuanto sujeto de derecho o persona, a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que, por una razón cualquiera (incertidumbre, inobservancia), se interponen a la realización de los intereses de derecho material (derechos subjetivos o situaciones jurídicamente relevantes), tutelados por el derecho objetivo. Objeto de tal derecho es la prestación de la actividad jurisdiccional por parte del Estado, a través de los órganos especiales a ello destinados, dirigida a la finalidad de declarar el derecho incierto o de realizar, mediante el uso de su fuerza colectiva, los intereses cuya tutela sea cierta. Este derecho público de obligación, como casi todos los derechos públicos que tengan por contenido la obligación del Estado a una prestación asumida en consideración al interés individual del particular, y, al mismo tiempo, al interés general de la colectividad, tiene la característica de ser un derecho público de obligación con elementos indeterminados, pero determinables, y el modo o el criterio en virtud del cual se hace la determinación, es el requerimiento o demanda de la prestación dirigida al Estado, en que todos los elementos de la relación obligatoria vienen a individualizarse y determinarse. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ACCIÓN. - El derecho de acción puede definirse, por consiguiente: *el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración de certeza o la realización coativa de los intereses (materiales o procesales) tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo*”.

pensamento de Plósz e Degenkolb, qual seja, o de que o direito de ação é abstrato, mas terminaram por se afastar dele quanto às demais conclusões.

Talvez a mais importante dessas teorias seja a de Carnelutti. É que o seu conceito de lide possivelmente seja o mais conhecido e também o mais polêmico. Para ele “há lide quando alguém pretende a tutela de um interesse seu em contraste com o interesse de outro e este resiste a ele mediante a lesão do interesse ou mediante a discussão da pretensão”.<sup>361</sup> E é a partir desse conceito que ele explica o direito de ação. Carnelutti somente está de acordo com a teoria da ação em sentido abstrato no que tange à desnecessidade da existência de um direito material para a manifestação do direito de ação.<sup>362</sup> Daí em diante sua teoria é totalmente inovadora. Primeiro explica o que entende por conflito de interesses, afirmando que as necessidades do homem são ilimitadas, mas os bens da vida capazes de satisfazer essas necessidades são limitados, surgindo um conflito toda vez que a satisfação de uma pretensão excluir a de outra necessidade. Surge, então, a lide que consiste no conflito de interesse qualificado pela pretensão de um interessado, a que se opõe outro interessado.<sup>363</sup> Se esses conflitos fossem resolvidos pela via da violência, impossível seria a vida em Sociedade. Por isso, o ordenamento jurídico instituiu o processo, que é exatamente o instrumento por meio do qual se obtém a composição da lide. Assim, o fim específico do processo não é o interesse em conflito, mas, sim, esta composição. De outro lado, a solução do conflito, pela composição da lide, transforma-se em um interesse público ou coletivo.

---

<sup>361</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 13. (Vol. II) Tradução livre do seguinte texto em espanhol: “Hay litis cuando uno pretende la tutela de un interés suyo en contraste con el interés de otro y éste resiste a él mediante la lesión del interés o mediante la discusión de la pretensión”.

<sup>362</sup> Idem, *ibidem*, p. 18.

<sup>363</sup> Idem, *ibidem*, p. 66-76. Ver GOMES, Fábio Luiz, *op. cit.*, p. 109; SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 156.

A ação é exatamente o direito subjetivo de obter uma sentença sobre a lide deduzida no processo e não sobre o interesse em lide, decorrendo daí que a sentença pode ser contrária ao interesse. O interesse que move a ação, portanto, é o interesse geral na composição da lide e não o interesse individual que pertence à parte. Assim, o direito à ação é um interesse essencialmente público.

Carnelutti sustenta que o sujeito passivo do direito público processual é o juiz e não o Estado, porque a este também interessa aquela composição.<sup>364</sup>

Outro autor que também adere ao pensamento de que o direito de ação não se liga à existência de um direito material mas simplesmente à afirmação da pretensão é Emilio Betti. Mas esse é único ponto de contato com a teoria desenvolvida por Degenkolb. Os demais aspectos são rebatidos, pois para ele a ação é um direito processual em face do adversário e não em face do Estado ou contra ele.<sup>365</sup>

#### **4.1.6 Teoria Eclética**

Partindo do que prelecionam as duas principais correntes acerca da teoria da ação, a que a vê como direito concreto e a que a entende como direito abstrato, Liebman afirma que ambas possuem falhas em seus enunciados. A primeira, como ponto mais importante, apresenta o inconveniente, já detectado pela segunda, que é o de conceder o direito de ação ao autor que tiver razão<sup>366</sup>; a segunda, por centrar sua visão na figura do juiz e não identificar propriamente a ação, porque vê nesta somente sua base, ou seja, os pressupostos de Direito Constitucional, sem considerar que ainda

---

<sup>364</sup> CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 66-76; (Vol. I). Ver GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 109-110; SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 154-155.

<sup>365</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 155.

<sup>366</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Problemi..., p. 46. Ver GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 111-112.

que ela se dirija contra o Estado (direito à jurisdição), não há contrapartida. Nesse sentido, não há uma obrigação do Estado, porque a sua característica consiste em ser um direito de impulso e iniciativa ao desenvolvimento de uma função na qual também o Estado é interessado.<sup>367</sup> Propõe, então, a tentativa de uma nova síntese.

A ação é, então, o direito de provocar o exercício da jurisdição, mas deve ser entendida no sentido de direito de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide ou, ainda, a análise do mérito.<sup>368</sup>

É preciso entender que, para esse processualista, o conceito de lide é diverso do de Carnelutti. Na mesma orientação de Calamandrei, a lide não pode ser conflito de interesse, uma vez que, se este conflito não entrar para o processo tal como se verificou na vida real, não pode o juiz conhecer aquilo que não constitui o objeto do pedido. Lide, então, é o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. O conceito de mérito, por outro prisma, identifica-se com o de lide. Diz textualmente o autor: “Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa”. Conclui, então: “Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida”.<sup>369</sup>

---

<sup>367</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi...*, p. 45. Ver SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 160-161.

<sup>368</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 129.

<sup>369</sup> Idem, *ibidem*, p. 122.

Já a jurisdição é para ele “a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.<sup>370</sup>

Assim, ainda que a ação seja abstrata, no sentido de que o julgamento do pedido engloba as hipóteses de procedência ou improcedência, ela não é deferida a qualquer pessoa, porque há determinados requisitos, que Liebman denominou de “condições da ação”, cuja ausência inviabiliza o exame do mérito, ou a decisão da lide, que são, por consequência, requisitos para a existência da ação.

As condições da ação, consagradas expressamente no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil brasileiro, são: a) a possibilidade jurídica do pedido, que corresponde à previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão deduzida pelo autor; b) o interesse de agir, ou seja, a necessidade da tutela jurisdicional; e c) a legitimidade, ou a exigência de que o autor seja um dos titulares da relação descrita na inicial. A primeira dessas condições é de ordem objetiva e as duas últimas, de caráter subjetivo.

Essas condições foram buscadas na Teoria do Direito Concreto de Agir, como fica claro na seguinte lição de Alfredo Buzaid:

“A doutrina do direito concreto e a doutrina do direito abstrato na modalidade, construída por LIEBMAN, admitem condições da ação. Mas enquanto para a primeira as condições da ação são a existência do direito, a legitimidade e o interesse, já para a segunda a primeira condição (*existência do direito*) é substituída pela *possibilidade jurídica*, entendida como a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica a que pertence, de pronunciar a espécie de decisão requerida pelo autor”.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7. (Vol. I).

<sup>371</sup> BUZAID, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 24-25.

Para a Teoria Eclética, portanto, quando da análise das condições da ação, o juiz não exerce função jurisdicional, mas realiza uma atividade preliminar de verificação sobre a possibilidade de o pedido ser objeto de uma atividade jurisdicional.

Nesse sentido, diz Liebman:

“O pedido do autor, para merecer a atenção do juiz, deve oferecer alguns requisitos, cuja falta autoriza o juiz a recusar-lhe o conhecimento. As condições da ação, portanto, são os requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito”.<sup>372</sup>

Ao lado dessas condições, Liebman coloca outros requisitos para a existência da ação, os chamados pressupostos processuais, “que são circunstâncias subjetivas e objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide”, em cuja análise o juiz também não está exercendo a jurisdição, mas atividade de análise prévia das possibilidades de instauração ou de prosseguimento do processo.<sup>373</sup>

A teoria de Liebman sobre a ação teve singular repercussão no Brasil, pois, tendo ele morado aqui, houve oportunidade de um contato muito próximo com grande parte dos processualistas brasileiros, tendo sido, inclusive, professor de muito deles. Sabe-se que Alfredo Buzaid, principal elaborador do Código de Processo Civil, declara-se discípulo de Liebman, afirmando que o mestre italiano “é o fundador da ciência processual brasileira”.<sup>374</sup> Em outro momento, demonstra, também, a grande

---

<sup>372</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos...*, p. 124.

<sup>373</sup> Idem, *ibidem*, p. 123.

<sup>374</sup> BUZAID, Alfredo, *op. cit.*, p. 3-5.

influência de Liebman no Código de Processo Civil vigente.<sup>375</sup> Daí a relevância do estudo de seu pensamento.

#### 4.1.7 Retorno à Teoria do Direito Abstrato de Agir

Uma importante crítica à teoria desenvolvida e difundida no Brasil por Liebman foi formulada por Fábio Luiz Gomes, professor da disciplina de Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Sem propor uma nova teoria, já que entende a ação como “exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional”, o que o coloca entre os seguidores da Ação como Direito Abstrato de Agir, o autor apresenta uma crítica contundente à Teoria Eclética e, ao mesmo tempo, uma sustentação vigorosa da concepção que defende, que não pode mais deixar de ser considerada em qualquer trabalho que enfrente a matéria em análise.

O primeiro dos vícios insuperáveis que identifica na construção de Liebman é o da tentativa de conciliar duas teorias inconciliáveis, estabelecendo uma zona comum entre elas, por meio das denominadas condições da ação. Essa concepção termina por criar, também, uma zona comum entre dois planos totalmente distintos no âmbito do direito: o plano do direito material e o do direito processual. Relativamente a esta confusão, esclarece o autor:

“Na verdade, a relação jurídica processual que se estabelece entre autor-juiz-réu não pode ser confundida com a relação de direito material posta à apreciação do órgão jurisdicional, pois elas têm sujeitos, causa e objeto diversos. E erigir as condições da ação em “elo” dessas duas realidades só é possível através de um legítimo ‘faz-de-conta’, como admite indiretamente J. C. BARBOSA MOREIRA ao sustentar que ao perquirir sobre as mesmas o juiz **‘deve raciocinar como quem admita, por hipótese**

---

<sup>375</sup> BUZAID, Alfredo, op. cit., p. 20.

**e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória”**.<sup>376</sup>

O raciocínio dos adeptos da Teoria Eclética, por outro lado, está fundado no plano do direito material. Exemplo disso é a extremada preocupação com as hipóteses em que o juiz teria que jurisdicionar em razão de pedidos “manifestamente injurídicos”. É que do ponto de vista processual só se pode falar em pedido injurídico após a sentença, isto é, após a ação, e nunca em uma análise prévia, que impeça a sua ocorrência.

Observa o autor, ainda, com apoio no pensamento de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que na perspectiva do Direito Processual “mesmo uma relação decorrente do processo, ou de uma questão meramente processual, quando posta à apreciação do órgão jurisdicional e constituir a ‘res deducta’ há de ser tratada como pertinente ao direito material”.<sup>377</sup> Com isso, pretende demonstrar a nítida diferença existente entre os planos de direito material e processual e a inexistência de “zona comum” entre eles.

Sabidamente, o Código de Processo Civil brasileiro consagrou, em seu artigo 267, VI, as condições enunciadas por Liebman, considerando carente de ação (artigo 301, X) aquele que deduz em juízo pedido que não preencha essas condições. No entanto, critica Fábio Gomes aqueles que, concordando com a afirmativa de que a Teoria Eclética é equivocada, rendem-se ao direito legislado.

O fato de tais condições estarem consagradas no ordenamento jurídico não é suficiente para que todos as reverenciem, porque “estamos frente a uma realidade que

---

<sup>376</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 117. O grifo encontra-se no original.

<sup>377</sup> Idem, ibidem, p. 118. Ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. *Revista AJURIS*, n. 29, Ano X, nov. 1983, p. 54.



enseja um exame conforme ela própria, e não consoante outra criada pela lei; e esta não tem força para mudar uma realidade evidente”.<sup>378</sup>

Calmon de Passos não encontra nenhuma diferença entre a impossibilidade da tutela jurisdicional em abstrato e aquela pretendida no caso concreto, e demonstra a insubsistência da formulação referente à possibilidade jurídica do pedido, com o seguinte exemplo: um pedido de usucapião em que o autor solicita a declaração da aquisição da propriedade, deixando claro que está na posse da área em prazo inferior àquele previsto para a prescrição aquisitiva, configuraria, na sistemática do Código de Processo Civil vigente, carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido. Agora, se o mesmo autor afirma na inicial que se encontra na posse do imóvel durante tempo superior àquele exigível para a aquisição da propriedade, terá superado a análise prévia dessa condição para a ação, ainda que no curso da ação venha a ficar provado que o período de tempo é inferior ao exigível para a aquisição da propriedade pelo usucapião, ou seja, prazo exatamente igual ao do primeiro exemplo. Conclui o professor baiano que não há nenhuma diferença entre as duas situações.<sup>379</sup>

Sobre a condição da ação denominada legitimidade para a causa, vale transcrever, para sublinhar, o pensamento de Fábio Gomes:

“Inaceitável, da mesma forma, atribuir-se a qualidade de condição da ação ao requisito da legitimidade para a causa. Já foi visto que esta corresponde à identidade das partes (sujeitos da relação processual) com os titulares da relação do direito material posta à apreciação do juiz. Aqui o equívoco transparece com maior nitidez ainda, pois os próprios defensores da teoria eclética não colocam dúvidas no sentido de que o conceito de parte deve ser buscado apenas no âmbito da relação processual. A contradição resta evidente. Ora, se a parte legítima é a titular, no pólo passivo ou ativo, da relação de direito material, e esta não se confunde com a relação jurídica

---

<sup>378</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 122.

<sup>379</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 4, 1964, p. 31.

processual, como identificá-las a não ser caindo na teoria do direito concreto? Em verdade, sendo parte um conceito de processo com o qual identificamos autor e réu, não se há falar em parte processualmente ilegítima; a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente. Aliás, ninguém discute que só por negação chega-se ao conceito de terceiro, e que não se confundem o terceiro frente a uma relação de direito material e frente ao processo. Não se deram conta os seguidores de LIEBMAN que quando falam em ‘parte ilegítima’, na realidade afirmam que a referida parte não é ‘parte’, como também que verdadeira ‘parte’ não é sujeito do processo”.<sup>380</sup>

Para finalizar a crítica ao primeiro ponto, diz o doutrinador que é também equivocada a concepção que vê no denominado interesse de agir uma condição para a ação, uma vez que perquirir-se sobre a necessidade ou desnecessidade da prestação jurisdicional solicitada no pedido diz respeito a ponto pertinente à relação substancial. Exemplifica da seguinte forma: “Se determinado credor propuser uma ação de cobrança contra um devedor e este alegar que o autor possui importância em seu poder suficiente para compensar o crédito, **sem necessidade** de fazê-lo judicialmente, restaria ausente o interesse processual”. E conclui: “para que a ausência de interesse restasse provada, só o exame da relação jurídica substancial permitiria. Não estamos frente a uma relação jurídica processual, portanto”.<sup>381</sup>

Um outro ponto falho na Teoria Eclética foi o de confundir ação com pretensão e, via de consequência, conferir o direito de ação também ao réu.<sup>382</sup> Efetivamente, entre os adeptos da Teoria Eclética, Galeno Lacerda talvez seja o que deixa mais evidente o entendimento de que o réu tem também o direito de ação, como se depreende da seguinte manifestação:

---

<sup>380</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 122-123.

<sup>381</sup> Idem, ibidem, p. 123. O grifo encontra-se no original.

<sup>382</sup> Embora não seja essa a ordem seguida por Fábio Gomes, é preferível fazer uma inversão, uma vez que a confusão entre os planos do direito material e do direito processual determinam, como no caso das condições da ação, a confusão entre pretensão e ação.

“Eis por que, do ponto de vista processual, a distinção entre autor e réu, no processo civil de cognição, reduz-se fundamentalmente a mera questão de iniciativa. Dos sujeitos em lide, ambos titulares da ação, será, no caso concreto, autor aquele que ajuizar em primeiro lugar a demanda que lhe compete”.<sup>383</sup>

Para refutar a afirmação de que o réu teria também o direito de ação, ensina Fábio Gomes que os fenômenos direito subjetivo, pretensão e ação ocorrem nos dois planos do direito (material e processual), mas são diversos em sua ocorrência no âmbito de cada um deles. No plano do direito material, o direito subjetivo, em conceito clássico, “corresponde a uma situação favorável na qual se encontra determinada pessoa em relação a outra, por força da incidência do direito objetivo sobre a relação entre elas mantida”, como é caso de quem é credor de uma nota promissória cujo prazo ainda não venceu; a pretensão é a “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”, como ocorre após o vencimento da promissória mencionada acima; e, por fim, a pretensão que será a de compelir o devedor a cumprir a prestação a que está obrigado, o que poderia se dar por força própria do credor, como ocorre no caso do desforço imediato previsto no artigo 502 do Código Civil, se não tivesse o Estado proibido a autotutela. No plano do direito processual, o direito subjetivo decorre da necessidade de substituição da ação de direito material, ou seja, a autotutela, por um instrumento para cobrar do Estado a jurisdição de que ele se tornou devedor; a pretensão processual é entendida como o estágio intermediário entre o direito subjetivo processual “enquanto estado inerme e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado”; já a ação “corresponde ao agir”, ou seja, “à atitude tomada perante

---

<sup>383</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 41. (Vol. VIII, T. I).

o Estado por aquele que antes pretendeu, mas agora se torna **autor**, justamente por ter agido”.<sup>384</sup>

Diante de tais considerações, vê-se que não se pode confundir direito subjetivo, pretensão e ação. Quando se faz a diferença entre pretensão e ação, que, embora não se excluam, são conceitos distintos, não há como sustentar que o réu tenha direito de ação. Ainda que o réu tenha pretensão à tutela jurídica, ele não age, mas reage à ação.

Outra crítica à teoria dominante no Brasil é a de ter reduzido o campo da atividade jurisdicional. Para Liebman, lembra-se, no momento da análise das condições da ação, o juiz não exerce jurisdição, mas simplesmente verifica se a ação é possível. Assim, a decisão proferida nesse momento processual não fica acobertada pela coisa julgada, como fica expressamente consignado no artigo 268 do Código de Processo Civil.

Fica sem explicação que atividade é essa desenvolvida pelo juiz até o momento do reconhecimento da ausência da condição da ação, uma vez que ela não se encontra entre as funções executiva, legislativa ou judiciária. Logo, assim como a teoria do direito concreto não conseguiu explicar a ação no caso de uma sentença desfavorável, a Teoria Eclética não consegue superar a questão da ausência das condições da ação; em especial, se eventualmente a ausência de uma delas for reconhecida em grau de recurso. O que ocorreria com toda a atividade processual desenvolvida até então?

Victor Fairén Guilen diz que a Teoria Eclética não explica se, no momento processual em que o juiz perquire sobre a ocorrência das condições da ação, estar-se-ia diante de um processo ou não. A consequência de uma resposta positiva seria a

---

<sup>384</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 125-126. O destaque encontra-se no original.

duplicação da teoria geral do processo, posto que deveria haver uma teoria para os processos com ação e outra para os processos sem ação.<sup>385</sup>

Essa mesma crítica é válida para a análise feita pelo juiz no momento da verificação dos pressupostos processuais.

## **4.2 Do direito de ação no Processo Civil, conforme entendimento da doutrina dominante no Brasil**

Ainda que se tenha que concordar com Fábio Luiz Gomes e aceitar o direito de ação no Processo Civil como um direito abstrato, que não pode ser limitado pela ausência de boa-fé (como queria Degenkolb), far-se-á a seguir a mera descrição dos conceitos que operam no interior da teoria da ação, conforme entende a doutrina dominante entre os processualistas brasileiros. Tais conceitos são importantes para o entendimento da sustentação que será feita nos capítulos seguintes.

### **4.2.1 Conceito e natureza jurídica da Ação**

Na doutrina, o direito de ação é entendido como o direito subjetivo público, exercido contra o Estado, para que este preste a jurisdição em um caso concreto.

Moacyr Amaral Santos explica que em sendo direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado, sem que este seja pressuposto daquele, tem a característica de ser abstrato; é genérico porque é sempre o mesmo, não varia; e tem por sujeito passivo o Estado, devedor da prestação jurisdicional.<sup>386</sup>

---

<sup>385</sup> GOMES, Fábio Luiz, op. cit., p. 119.

<sup>386</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 162.

Está claro que, em sua natureza jurídica, o direito de ação é um direito subjetivo público. No mesmo sentido ensina José Frederico Marques: “A ação, portanto, é direito público subjetivo, uma vez que é dirigido contra o Estado”.<sup>387</sup>

#### **4.2.2 Elementos da Ação**

Os elementos da ação é que oportunizam a sua individualização e, por consequência, sua identificação, tema da maior relevância em institutos como a litispendência e a coisa julgada.

O artigo 301, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece: “Uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Assim, são elementos individualizadores da ação as partes, o pedido e a causa de pedir.

##### **4.2.2.1 Partes**

Já se tornou clássica a definição de parte como aquela que pede e aquela contra quem ou face a quem se pede uma prestação jurisdicional. Essas pessoas correspondem ao sujeito ativo e ao sujeito passivo da relação processual. Vicente Greco Filho observa que nem sempre se pode identificar as partes visualizando-se as pessoas presentes nos autos, uma vez que é preciso verificar a qualidade daquele contra quem alguém está litigando. Nem sempre ocorre – embora seja o mais comum – o caso de alguém estar litigando direito próprio em nome próprio. É que em determinados momentos é possível que alguém litigue em nome próprio direito de

---

<sup>387</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 170.

outrem, no caso do substituto processual; ou pode estar litigando por intermédio de outrem, no caso do representante. A análise de cada uma das hipóteses vai influir na identificação das partes e, por consequência, na identificação da ação.<sup>388</sup>

Amaral Santos observa que, em casos mais simples, a ação abrange uma única lide, com uma única pretensão, estando, assim, em cada pólo, ativo e passivo, uma única pessoa. Mas pode ocorrer de a ação envolver várias lides, como ocorre nas obrigações solidárias, em que o credor deduz seu pedido contra vários devedores solidários, caso em que as partes são duas, posto que estão nos pólos ativo e passivo da relação processual, mas são diversos os sujeitos passivos das várias lides.<sup>389</sup>

#### 4.2.2.2 Pedido

O pedido é o objeto da ação. É, portanto, a matéria sobre a qual será prestada a jurisdição. É a solicitação de que o Estado-juiz tutele um interesse, seja ele de ordem material ou imaterial.

Os doutrinadores<sup>390</sup> o dividem em *pedido imediato* e *pedido mediato*. O pedido imediato corresponde ao tipo da prestação jurisdicional solicitada, ou seja, sentença condenatória, declaratória ou constitutiva, ou, ainda, providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é que se identifica com a definição dada anteriormente; é a proteção de um bem material ou imaterial buscada com a prestação jurisdicional. No entanto, observa Amaral Santos, “Nas chamadas ações meramente declaratórias [...], o pedido mediato se confunde com o pedido imediato, porque na

---

<sup>388</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 89.

<sup>389</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 165.

<sup>390</sup> Ver, p. e., SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 165-166; MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 179.

simples declaração da existência ou inexistência da relação jurídica se esgotam a pretensão do autor e a finalidade da ação.<sup>391</sup>

#### **4.2.2.3 Causa de pedir**

É consagrada a expressão “causa petendi” para designar a causa de pedir. No entanto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 282, III, prefere chamá-la de “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Com essa definição, o Código vigente adotou a denominada “teoria da substanciação”, ou seja, o pedido deve abranger tanto a sua causa próxima, correspondente aos fundamentos jurídicos que justificam e autorizam o pedido, como a sua causa remota. Esta representa as circunstâncias fáticas que geram o direito de pedir. Importante observar que em outros diplomas processuais tem vigência a “teoria da individualização”, para a qual basta a afirmação da relação jurídica fundamentadora do pedido para a caracterização da ação.<sup>392</sup>

#### **4.2.2.4 Condições da Ação**

Conforme já explicitado, por influência da Teoria Eclética, o Código de Processo Civil estabelece três condições para que exista a ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para agir, especialmente para que esse direito não se transforme em abuso, ou seja, não venha a ser exercido sem que

---

<sup>391</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 165-166; ver também MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 179; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 89.

<sup>392</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 166-167; MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 179-180; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 90-92.



o pedido do autor tenha uma conexão com um caso concreto.<sup>393</sup> José Frederico Marques ensina que, ausente uma das condições da ação, o Estado não prestará a tutela jurisdicional, “porquanto, em tal hipótese, ainda que exista litígio configurável juridicamente, o juiz não poderá solucionar”.<sup>394</sup>

#### **4.2.2.5 Possibilidade jurídica do pedido**

Para que o pedido do autor possa ser analisado pelo juiz e sobre ele recaia a prestação jurisdicional, é necessário que a pretensão por ele veiculada seja tutelada por norma de direito objetivo. Diz Amaral Santos: “Possibilidade jurídica é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo”.<sup>395</sup>

Logo, se o autor deduz em juízo um pedido que não encontra correspondência com alguma norma do direito objetivo ou é por este proibido, não há possibilidade jurídica de recair a prestação jurisdicional sobre esse pedido.

#### **4.2.2.6 Legitimidade**

Também denominada “qualidade para agir”, “legitimação para agir”, ou, ainda, na expressão latina, “legitimatío ad causam”, essa condição da ação significa, na lição de Frederico Marques, a “existência de pretensão subjetivamente razoável”.<sup>396</sup> Os doutrinadores ensinam que nem todas as possibilidades de lides existentes no mundo

---

<sup>393</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 169-170.

<sup>394</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 181.

<sup>395</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 172.

<sup>396</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 183.

estão ao dispor de cada um dos cidadãos, uma vez que somente podem demandar os que sejam titulares da relação de direito material deduzida em juízo.

A legitimidade para a causa envolve uma bilateralidade, tendo em vista que o autor deverá ter uma pretensão subjetivamente adequada em relação ao objeto do pedido, o que caracteriza a legitimidade ativa; e o réu deve, por força da ordem jurídica, submeter-se às conseqüências da demanda, o que configura a legitimidade passiva.<sup>397</sup>

A regra geral é que somente os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo são legitimados para demandar. Nesse caso, a legitimação denomina-se ordinária. Ocorre, no entanto, que em algumas oportunidades a lei autoriza alguém a vir a juízo, em nome próprio, defender interesse ou direito de terceiro. Essa hipótese está regulada no artigo 6º do Código de Processo Civil, que dispõe: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”. É o que a doutrina chama de legitimação extraordinária, denominada por Chiovenda de “substituição processual”.<sup>398</sup> A legitimação extraordinária não se confunde com a representação processual, uma vez que nessa hipótese a parte é o representado, exercendo o representante somente a atividade processual em nome dele.

---

<sup>397</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 173; MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 183-184; GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 77.

<sup>398</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 90-92.

#### **4.2.2.7 Interesse de agir**

O interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, de natureza processual, que não se confunde com o interesse de direito material, que diz respeito ao bem jurídico pretendido pelo autor. Frederico Marques diz que “Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável”.<sup>399</sup> Greco Filho define: “O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão”. Observa, ainda, que não se indaga se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral, mas somente se o autor necessita efetivamente da tutela jurisdicional para obter o que pretende.<sup>400</sup>

#### **4.2.2.8 Ausência das condições da ação**

A ausência de qualquer das condições da ação, na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro (artigo 267, VI), leva a que o juiz deva extinguir o processo sem o julgamento do mérito, julgando o autor “carecedor da ação”.

### **4.3 Em síntese**

Como se pode verificar, em sede de Processo Civil, a ação é sempre pensada, como aliás, não poderia ser diferente, sob o prisma de um direito subjetivo, isto é, como um direito de cada um.

---

<sup>399</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 182.

<sup>400</sup> GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 80.

Mais: no pensamento da doutrina dominante no Brasil, esse direito somente pode ser exercitado por quem demonstrar, de forma instrumental e provisória, que a sua pretensão é objetiva e subjetivamente razoável. Com isso, para cumprir o primeiro requisito, é necessário que o autor tenha necessidade de provocar a prestação jurisdicional para a defesa de um direito ou interesse que seja viável no plano objetivo; para cumprir a segunda exigência, é mister que aquele que pede e aquele contra quem ou em face de quem se pede a prestação jurisdicional sejam os prováveis titulares da relação jurídica de direito material, sobre a qual deve recair a prestação jurisdicional.

Foi preciso demonstrar minuciosa e longamente a evolução histórica tratada até aqui, tanto da teoria do direito de ação no âmbito do Processo Civil quanto dos mais importantes institutos que dele decorrem, uma vez que é exatamente a perda de sentido das razões e do contexto de seu nascimento e de sua trajetória que fizeram, e ainda fazem, que a grande maioria dos juristas ainda pense em estender sua aplicação para realidade totalmente diversa.

Quer-se, então, reafirmar que toda essa gama conceitual vista acima é inapropriada para o âmbito das Ações Constitucionais. Conforme dito anteriormente, todo o contexto social e político modificou-se substancialmente na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo e continua a modificar-se no interior deste último, cada vez de forma mais expressiva e acelerada, estando a exigir uma nova forma de tutela judicial para os conflitos determinados pela mudança. De outro lado, o que foi enunciado neste capítulo é que os elementos conceituais que informam os instrumentos de tutela ainda estão estreitamente vinculados a concepções gestadas,

desenvolvidas e aplicáveis à estrutura do Estado de cunho individualista, ou seja, o Estado Moderno.

Em busca de uma tutela efetiva para as necessidades da Sociedade Civil Contemporânea, é preciso encontrar formas imediatas de superação para os obstáculos impeditivos do real cumprimento da finalidade dos instrumentos denominados “Ações Constitucionais” na tutela judicial do que se chamou até agora de “novos” direitos.

### **5 Necessidade de uma teoria geral para as Ações Constitucionais a partir de uma leitura do Direito conforme a Constituição, com a finalidade de um efetivo acesso à Justiça**

Verificado que os conceitos que informam a análise e a aplicação prática dos instrumentos processuais vocacionados à tutela dos “novos” direitos estão em absoluto descompasso com o contexto em que devem estes operar, é preciso detectar as formas de superação dos obstáculos gerados em virtude dessa circunstância.

Ainda que seja repetitivo, impõe-se a observação de que o limite estabelecido para a tese é o da tutela judicial dos novos direitos. Em nenhum momento se está desconsiderando que há, na atualidade, uma tendência em encontrar fora do Poder Judiciário instâncias reguladoras dos conflitos que se adjetivou de “novos”.<sup>401</sup> Mesmo dentro do sistema judiciário regular, tende-se a encontrar mecanismos como a mediação e a arbitragem, como formas eficientes, por vezes até mais eficientes que o

---

<sup>401</sup> Sobre as instâncias extrajudiciais ver especialmente: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 273-311; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 176.

próprio processo, para a resolução de conflitos.<sup>402</sup> Há que se reconhecer que ambas as hipóteses são extremamente importantes e que essas instâncias formam espaços político-jurídicos da maior relevância para o exercício da realização das atividades da Sociedade Civil e, portanto, da cidadania. Mas não se pode perder de vista que o processo é um instrumento político e, portanto, capaz de, ao lado daqueles outros campos, consistir em um espaço igualmente político-jurídico de resolução dos conflitos decorrentes da condição inerente à noção de cidadania.

É relevante observar que a superação que se pretende envolve uma certa complexidade, na medida em que, como já foi dito, são complexos os direitos a serem tutelados pelas Ações Constitucionais. De outro lado, ainda que todas as Ações que integram o objeto deste trabalho tenham uma circunstância comum, qual seja, a da necessidade de uma teoria geral própria, elas não possuem uma homogeneidade de preconceitos a serem superados.<sup>403</sup>

Feitas as necessárias observações, passa-se a enunciar, então, as formas possíveis e indispensáveis para a superação dos obstáculos já referidos.

José da Silva Pacheco divide as Ações Constitucionais em três categorias principais:

“[...] a primeira formada pela ação de inconstitucionalidade de leis e atos, de natureza estritamente constitucional, versando matéria dessa espécie, em processo peculiar, perante tribunal próprio; a segunda, composta por aquelas que foram, não só alçadas ao nível constitucional, mas sobretudo, enquadradas entre os direitos e garantias fundamentais, o que lhes dá conotação incomum; e a terceira, consistente das que não tiveram essa colocação especial, embora estejam inscritas na Constituição.

---

<sup>402</sup> Ver Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>403</sup> No capítulo seguinte as ações serão tratadas individualizadamente e naquele momento ficará claro o que se está afirmando.

Tanto as da primeira quanto as das outras duas categorias são todas constitucionais, por terem sido previstas na Constituição”.<sup>404</sup>

Para o doutrinador acima citado, Ações Constitucionais são: o Mandado de Segurança, o Mandado de Segurança Coletivo, o “Habeas Data”, a Ação de Inconstitucionalidade, as Ações Constitucionais de Responsabilidade Civil, as Ações de Desapropriação e a Ação Popular.

Embora não se discorde no que se refere ao nome dado aos instrumentos, Ações Constitucionais, e, em grande parte,<sup>405</sup> aos instrumentos que constituem a espécie, melhor parece utilizar aqui tal expressão para denotar aqueles instrumentos processuais vocacionados a tutelar direitos individuais ou coletivos inerentes à condição de cidadania. Cidadania, por sua vez, deve ser entendida aqui como aquela condição inerente à condição de sujeito de um direito decorrente da inserção na Sociedade Civil contemporânea.<sup>406</sup>

Mas um aspecto que deve ser ressaltado e é estrategicamente importante para perceber a profunda diferença que envolve a natureza jurídica das Ações Constitucionais e do Processo Civil é que, mais do que instrumentos processuais, a maioria das Ações que se inserem no rol dos instrumentos que constituem o objeto principal da análise a que ora se procede é erigida à condição de garantias

---

<sup>404</sup> PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 23-24.

<sup>405</sup> Quando se está referindo que não se discorda em grande parte é porque, ainda que seja pequena a discordância, não é possível encontrar-se justificativa para suprimir o “nomen juris” da Ação Civil Pública do rol das Ações Constitucionais, preferindo o autor tratar de algumas possibilidades de utilização desse instrumento, quando ela está prevista explicitamente no artigo 129, III, da Constituição, e no § 1º ela é abrangida pelo manto constitucional em todo o espectro da lei que a regula.

<sup>406</sup> O que se está chamando aqui de Sociedade Civil contemporânea corresponde ao que Bobbio, em citação feita no capítulo primeiro, define: “Sociedade Civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os”. Ver BOBBIO, Norberto et al., op. cit., p. 1210.

fundamentais.<sup>407</sup> Ainda que não se insiram entre as garantias, as outras ações, ou instrumentos processuais, estão previstas na mesma Constituição e/ou são vocacionadas para a defesa de direitos consagrados nela. Não se pode confundir, portanto, a natureza constitucional dos instrumentos em análise com o caráter que possui o Processo Civil, no qual o direito de ação é um direito de ordem constitucional somente por se tratar da possibilidade de provocar a manifestação do Poder Judiciário no sentido da prestação jurisdicional.<sup>408</sup> Aliás, como já deve ter ficado claro, mas não é demais reforçar a idéia, o próprio fato de este instrumental processual de ordem constitucional ser denominado de “Ações” gera uma certa confusão, uma vez que se utiliza um nome que tradicionalmente denota o exercício da prestação jurisdicional – no Direito Processual Civil, no Direito Processual Penal, no Direito Processual do Trabalho, por exemplo – quando deveria utilizar-se para eles outro nome que os identificasse como instrumentos processuais destinados a uma tutela judicial de outra ordem. No entanto, como é usual tal denominação, esta análise não poderia utilizar outra, sob pena de o trabalho deixar de encontrar o eco que pretende, ou seja, chamar a atenção exatamente para a dissonância gerada pela falta de percepção da natureza diversa desse instrumental.

Perceber que os instrumentos de tutela dos denominados “novos” direitos são constitucionais e, em grande medida, garantias constitucionais, ganha especial relevo quando se atenta para a lição de Lenio Luiz Streck de que “a Constituição é um espaço

---

<sup>407</sup> Além de José da Silva Pacheco, citado acima, também Sérgio Ferraz salienta esse aspecto em relação ao Mandado de Segurança (porque este o objeto de seu trabalho). Ver FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança: (individual e coletivo) aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 10.

<sup>408</sup> Ver, exemplificativamente, sobre essa afirmação o ensinamento de José Frederico Marques, op. cit., p. 168-169.



garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade”.<sup>409</sup> De forma ainda mais explícita, diz o autor:

“Constituição significa *constituir* alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir *essa constituição* do contrato social. Isso porque a Constituição – em especial a que estabelece o Estado Democrático de Direito, oriundo de um processo constituinte originário, após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário –, no contexto de que o contrato social é a metáfora na qual se fundou a racionalidade social e política da modernidade, vem a ser a explicitação desse contrato social”.<sup>410</sup>

Assim, deixar de dar aos instrumentos constitucionais de tutela de direito, de forma muito mais especial àqueles que constituem também garantias fundamentais, um conteúdo de ordem constitucional e, em razão disso, inviabilizar ou diminuir sua finalidade equivale à violação ou ao não-cumprimento tratados por Lenio Streck. Isso é muito mais grave do que a, já grave, situação que Lenio Streck chama de “estética jurídico-processual”, pela qual “o direito material sucumbe diante da forma”.<sup>411</sup> Os instrumentos processuais de que se está tratando devem, muito mais do que quaisquer outros, ser a condição de possibilidade para a realização dos direitos a que se destinam a tutelar.<sup>412</sup>

Ressaltada a natureza jurídica dos instrumentos processuais conhecidos por Ações Constitucionais, fácil é concluir que eles necessitam urgentemente receber o tratamento no interior de uma teoria geral própria, abandonando-se definitivamente a teoria geral do Direito Processual Civil. Mesmo aqueles que, como Kazuo Watanabe, pretendem fazer a ligação do Direito Processual Civil com o “sistema

---

<sup>409</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 214.

<sup>410</sup> Idem, *ibidem*, p. 214-215.

<sup>411</sup> Idem, *ibidem*, p. 224.

<sup>412</sup> Idem, *ibidem*.

constitucional”<sup>413</sup> não avançam; pelo contrário, atrasam o avanço, por reforçarem a idéia do Processo Civil como a única possibilidade de tutela de direitos, confundidos estes, por isso mesmo, com os direitos civis (de cunho também interindividual).<sup>414</sup>

A necessidade da construção de uma teoria geral para os instrumentos destinados à tutela dos denominados “novos” direitos está estreitamente ligada aos temas da efetividade dos direitos e do acesso à justiça, que são temas, igualmente, correlacionados entre si.

No que se refere à efetividade dos direitos assegurados pelas normas jurídicas, leciona Konrad Hesse:

“O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

A despeito de sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no ‘positivismo sociológico’ de Carl Schmitt. Os efeitos dessa concepção ainda não foram superados. A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.

E arremata:

---

<sup>413</sup> Ver WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 94.

<sup>414</sup> Está-se tratando aqui da dicotomia estabelecida pela doutrina tradicional entre direitos penais e civis.

“Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade de outro. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa”.<sup>415</sup>

A lição acima é de grande importância na medida em que reforça a idéia de que a efetividade do Direito somente se dará se as normas jurídicas atenderem às necessidades sociais. Nesse sentido, sobreleva a função política da atividade judicial, conforme já foi tratado anteriormente. Aliás, para essa circunstância chama a atenção Plauto Faraco de Azevedo:

“Qualquer juiz, não importa a instância em que atue, a *fortiori* o juiz constitucional, precisa arrimar-se na técnica jurídica para decidir, com a clara consciência da necessidade de um juízo político, em que se incluem o senso de conveniência e de oportunidade e a prefiguração dos resultados da decisão”.<sup>416</sup>

No entanto, é preciso observar aqui que os ensinamentos transcritos devem ser lidos contemplando as alterações sofridas pelas normas jurídicas, no sentido já demonstrado na parte final do segundo capítulo deste trabalho. A referência se faz necessária porque, se não houver a percepção de que as normas jurídicas devem ser interpretadas levando em conta que elas são meramente referenciais para que se possa determinar o direito preponderante, pode-se estar fazendo uma análise de validade ou invalidade – tão ao gosto da interpretação tradicional – em detrimento da efetividade, ainda que a pretexto de realização desta.

---

<sup>415</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 13-14.

<sup>416</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 156.

O outro ponto que está relacionado com a afirmada falta de uma teoria própria para as Ações Constitucionais é o do acesso à justiça. Sobre essa perspectiva também é preciso atualizar a discussão.

Não é nova a preocupação que os juristas, em especial os processualistas, têm demonstrado com a questão do acesso à justiça. Mas, conforme lembra Boaventura de Sousa Santos, foi “no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-providência transformou o direito cuja denegação acarretaria a todos os demais”.<sup>417</sup>

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tratando da evolução do aporte teórico sobre o tema, iniciam relatando seus primeiros momentos:

“O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*”.<sup>418</sup>

Depois de sintética demonstração da evolução, concluem os mesmos autores:

“O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão

---

<sup>417</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 167.

<sup>418</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 9.

teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas por ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de que e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõem um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.<sup>419</sup>

Como o objeto de estudo proposto no âmbito desta tese é somente o acesso às instâncias judiciais, não importa agora a análise das buscas por instâncias alternativas ao sistema judiciário formal, como já foi reiteradamente observado. Seguindo nas propostas da obra citada, o que se vai encontrar como pontos básicos para a problemática do acesso são os seguintes: custas judiciais e possibilidades das partes – estas são, em suma, a posição estratégica destas no processo e o acesso dos interesses difusos.<sup>420</sup> Diante disso, as propostas de soluções práticas apresentadas pelos autores são: assistência judiciária para os pobres, formas de representação dos interesses difusos; e um novo enfoque de acesso à justiça.<sup>421</sup> Por fim, os mesmos autores analisam as tendências para tornar viável o pretendido acesso, enunciando a necessidade de: reforma dos procedimentos judiciais em geral; métodos alternativos

---

<sup>419</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 12-13.

<sup>420</sup> Idem, *ibidem*, p. 15-29.

<sup>421</sup> Idem, *ibidem*, p. 31-73.

para decidir causas judiciais, instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas que possuam particular importância social, ou seja, a proposta de especialização de institutos e procedimentos judiciais; mudanças nos métodos utilizados para a prestação dos serviços jurídicos; e, ainda, a simplificação do direito.<sup>422</sup>

Todavia, como foi frisado anteriormente, esses enunciados, que foram tratados de forma recorrente após sua eclosão,<sup>423</sup> em grande parte já foram atendidos ou foram minimizados. Conforme afirma Horácio Wanderley Rodrigues, estudando o mesmo tema, “muitos dos problemas trazidos pela doutrina, e aqui enumerados, podem ser resolvidos ou minimizados através da adoção de instrumentos processuais adequados, ou da interpretação finalística e sistemática dos já existentes”.<sup>424</sup> Continuando sua análise, o autor faz um apanhado da legislação brasileira após o ano de 1980, descrevendo os “avanços processuais, vistos sob o prisma do acesso à justiça”.<sup>425</sup> Especial relevo é dado para, os limites do presente trabalho, à seguinte conclusão de Horácio Rodrigues:

“Em síntese, o que parece ficar efetivamente demonstrado é que o legislador brasileiro, através de sucessivas legislações elaboradas nos últimos anos, entre as quais se destaca a Constituição Federal de 1988, buscou instrumentalizar de forma extremamente atualizada o direito processual. Se muitos desses avanços não conseguem se materializar em termos de efetividade, é porque há outros problemas, de índole extraprocessual, a servir-lhes de barreira.

Entre eles é necessário destacar-se a própria mentalidade formalista e burocrática dos operadores jurídicos brasileiros, oriunda de um ensino basicamente positivista e que não propicia o desenvolvimento do raciocínio jurídico e do senso crítico necessário

---

<sup>422</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 75-159.

<sup>423</sup> Ver marco temporal fixado por Boaventura de Souza Santos acima.

<sup>424</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 51.

<sup>425</sup> Idem, *ibidem*, p. 53.

neste quase limiar do século XXI. E essa é uma questão fundamentalmente política, não jurídica”.<sup>426</sup>

A conclusão do referido autor pode e deve ser ampliada. Não são somente os juristas brasileiros que, por serem positivistas, não desenvolvem raciocínio jurídico, o que determina a ausência do senso crítico necessário. Veja-se que Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando tratam da representação em juízo dos interesses que hoje conhecemos por metaindividuais, reconhecem que os litígios que esses interesses envolvem são de outra ordem que não meramente interindividuais, mas concluem pela “necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”.<sup>427</sup> É bem verdade que quando esses autores escreveram sobre o tema o fizeram ainda na década de 70 e esses conceitos de interesses metaindividuais ainda não estavam muito bem sedimentados. De outro lado, para acompanhar o raciocínio de Horácio Rodrigues, na década de 80 a própria legislação brasileira proporcionou uma modificação significativa nos instrumentos processuais que não foi percebida pela grande maioria dos operadores jurídicos.

A questão do acesso à justiça nos dias atuais é bem mais ampla, como alerta Clèmerson Merlin Clève:

“Afirmar-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional”.<sup>428</sup>

---

<sup>426</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderley, op. cit., p. 94.

<sup>427</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 71.

<sup>428</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. A ação popular e a Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 691, p. 41, maio 1993.

Portanto, é fundamental para a superação dos óbices que têm impedido uma eficaz tutela dos “novos” direitos no direito brasileiro a percepção de que, efetivamente, foi a partir de uma importante legislação que entrou em vigor na década de 80, como salientou Horácio Wanderley Rodrigues, que se iniciou a construção do instrumental vocacionado a este tipo de tutela. No entanto, muitos deles já estavam em vigor muito antes do advento da CRFB/88 e, por isso, obedecem à estrutura do ordenamento constitucional então em vigor. Aliás, parte da legislação da mencionada década de 80 também é anterior à ordem constitucional vigente. Isso quer dizer que, para uma verdadeira efetividade, ou seja, para o cumprimento da função destinada aos instrumentos processuais denominados de Ações Constitucionais, estes devem ser interpretados em conformidade com a Constituição vigente.

Sobre a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, lecionam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“A principal manifestação de preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não se conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da *interpretação conforme a constituição*); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são *invalidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional, (c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais *aplicam-se diretamente*, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela”.<sup>429</sup>

---

<sup>429</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 45-46. Ver também sobre os princípios e limites da interpretação conforme a Constituição a obra de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 232-245. Igualmente interessante a análise de superação da crise da hermenêutica jurídica apresentada por STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 228-252.



No mesmo sentido, mas de forma mais adequada aos propósitos e ao entendimento exposto nesta tese, está o pensamento de Paulo Ricardo Schier, que utiliza a categoria “Filtragem Constitucional” para denotar “a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”.<sup>430</sup> Essa concepção, embora parta do mesmo princípio da preeminência da Constituição, é mais ampla, conforme explica o autor:

“A filtragem constitucional, diversamente, sustenta-se aqui, deverá pressupor a preeminência normativa da Constituição. Contudo, projetá-la não para qualquer concepção sistemática da Constituição mas, sim, para uma específica concepção: a da Constituição enquanto *sistema aberto de regras e princípios*, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-lingüística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de consequência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto para resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística – o enunciado ou texto)”.<sup>431</sup>

Tomados em consideração todos os elementos e pressupostos enunciados neste capítulo, pode-se apresentar uma breve síntese nos termos a seguir.

Os conceitos que têm influenciado a doutrina e a práxis no que se refere às Ações Constitucionais ainda são decorrentes de conceitos ultrapassados de Teoria do

---

<sup>430</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 104.

<sup>431</sup> Idem, *ibidem*, p. 106-107.

Estado e do Direito, que já não têm qualquer sentido no Estado Contemporâneo: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; o mito da separação das funções no exercício do Poder do Estado; a teoria da ação do Processo Civil informando o estudo das Ações Constitucionais.

De outro lado, mesmo quando há a percepção por parte da maioria dos doutrinadores no sentido de que se deva encontrar instrumentos efetivos para a tutela de direitos adjetivados como “novos”, a proposta principal é a da necessidade da modificação do Processo Civil, sem que haja a percepção de que esse instrumento é incompatível com interesses de outra ordem que não os de natureza intersubjetiva. É exatamente por isso que tais doutrinadores ou operadores sempre afirmam a necessidade de criação de novos instrumentos processuais capazes de cumprir essa finalidade, mas, repita-se, pensam sempre esses instrumentos como um Processo Civil mais avançado.

Esse mesmo olhar equivocado se espalha para a interpretação dos modernos institutos colocados à disposição dos operadores jurídicos quando se faz necessário interpretar os dispositivos legais que os consagram. A interpretação é feita, em primeiro lugar, com conceitos inerentes ao Processo Civil e absolutamente em desacordo com a ordem constitucional.

Como exemplo, que será aprofundado no capítulo seguinte, quando se pensa na legitimidade *ad causam* para o instrumento constitucional de defesa coletivo denominado de Ação Popular com o esquema conceitual de legitimidade construído no interior e para o Processo Civil, não há menor possibilidade de dar a ela uma aplicabilidade efetiva para os fins a que se destina. Há uma perda de potencialidade do instrumento processual. O mesmo ocorre quando a interpretação dos dispositivos da lei

que regula a aplicação da Ação Popular é feita sem qualquer conformidade com a Constituição de 1988, pois, como já ficou dito, esta Ação foi concebida sob a vigência de uma ordem constitucional que tinha fundamentos e princípios que eram, até poder-se-ia dizer, diametralmente opostos àqueles presentes na CRFB/88. Então, pensa que os conceitos de cidadão nas Constituições anteriores à de 1988 e nesta são idênticos configura uma interpretação em desconformidade com a Constituição – falta a “filtragem constitucional”, de que se tratou acima.

O capítulo seguinte, no qual se faz uma análise particularizada das principais ações constitucionais, privilegiando-se especialmente aquelas que estão ao acesso, ainda que concorrente, da Sociedade Civil, terá a finalidade de demonstrar que as Ações Constitucionais são instrumentos capazes de garantir a tutela dos “novos” direitos e que, em grande parte, há um equívoco nas seguintes afirmações, que são ainda correntes na doutrina e no discurso da grande maioria dos operadores jurídicos: de que somente será possível uma efetividade desses direitos com a criação de procedimentos e ritos processuais mais modernos e céleres; que há a necessidade de instrumentos outros para a democratização do Poder Judiciário e para o acesso à Justiça; e que o Judiciário só não cumpre a sua importante função jurisdicional porque não lhe são dados instrumentos capazes para essa missão. Na verdade, a grande reforma que o Direito está a exigir é a da atualização dos operadores jurídicos e não a dos ritos processuais.

Faz-se, então, a seguir, uma análise particularizada e meramente exemplificativa das principais Ações Constitucionais, demonstrando-se que, se tratadas como devem ser, como instrumentos político-jurídicos (constitucionais), sua capacidade de resolução dos conflitos para os quais se destinam será adequada a essa finalidade.

## **CAPÍTULO IV**

### **DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA DA NECESSIDADE DE UMA TEORIA GERAL PARA AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS DIVERSA DAQUELA QUE INFORMA O PROCESSO CIVIL**

#### **1 Considerações iniciais**

Conforme já ficou suficientemente referido, este capítulo envolve o estudo particularizado de Ações Constitucionais hoje integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de simplesmente demonstrar como em todas elas há uma grande perda de potencialidade quando se utiliza o instrumental teórico e conceitual do Processo Civil no âmbito de operação dos referidos instrumentos processuais.

É preciso alertar que não se quer aqui dizer que todos os estudos realizados pelos processualistas estudiosos do Processo Civil não tenham sido importantes em momentos históricos anteriores e nem mesmo se trata de denunciar qualquer erro de percepção com relação aos institutos que, de certa forma, ajudaram a construir.

O tratamento dado anteriormente pelos doutrinadores aos primeiros instrumentos que visavam a tutelar os “novos” direitos não poderia ter sido diferente. Ocorre que os conflitos não penais eram todos resolvidos via Processo Civil. Com o

florescimento dos “novos” direitos, este instrumento processual, por inadequado, passou a não dar conta dessa atividade. Foram, então, os processualistas civis, por necessidade, os primeiros a enfrentar o tema e o fizeram, como era óbvio, pela ótica do Processo Civil. Não foi por acaso, então, que os primeiros passos na definição do instrumental destinado à tutela dos interesses ou direitos coletivos, *lato sensu*, por exemplo, tenham sido dados por processualistas civis e no interior do Processo Civil.

É cabível aqui a observação de que, especialmente no Brasil, antes mesmo de serem enunciados e passarem a ser estudados, os interesses difusos já encontravam um instrumento próprio para a tutela de um segmento desses direitos através da Ação Popular, embora ainda não houvesse a percepção da natureza dos direitos que ela tutelava e ela estivesse sempre ligada ao Direito Processual Civil – o que, aliás, ocorre até hoje.

O que não se pode, evidentemente, é em nome dessa circunstância histórica deixar de avançar nos estudos e de localizar tais instrumentos no seu devido lugar, ou seja, no âmbito do Direito Processual Constitucional.

Ainda que sejam recentes os estudos das relações entre Constituição e Processo ou das normas constitucionais referentes ao processo, já se encontram sedimentados na doutrina os conceitos de Direito Processual Constitucional e de Direito Constitucional Processual. José Alfredo de Oliveira Baracho ensina: “O Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. O Direito Constitucional Processual detém-

se no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição”.<sup>432</sup>

José da Silva Pacheco, por sua vez, afirma que a distinção entre o Direito Processual Constitucional e o Direito Constitucional Processual, considerando-se o enfoque que se dê à matéria, pode ser vista sob quatro aspectos:

“a) ao se tratar da questão, que se encontra regulada na Constituição, sob a ótica do direito processual, acrescenta-se a este o qualificativo derivado de sua proveniência; b) ao se cogitar de algo que, embora sendo processual, está na Constituição, que é examinada sob o ângulo constitucional, adiciona-lhe o adjetivo resultante da sua natureza; c) ao se elucidar a matéria processual, que está fora da Constituição, mas ao fazê-lo aplicam-se princípios ou normas constitucionais, o estudo é de direito processual, mas sob a influência do princípio constitucional, o que justifica acrescer àquele este qualificativo; d) ao se aplicarem os conceitos e técnicas processuais aos processos internos previstos na Constituição, como no caso de processo legislativo, ou do processo na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se estudo de direito constitucional processual”.<sup>433</sup>

O trato das Ações Constitucionais, portanto, insere-se no estudo do Direito Processual Constitucional.

No âmbito do Direito Processual Civil tem razão Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar, após discorrer sobre o caminho percorrido pela ciência jurídica para chegar aos conceitos fundamentais que informam o Processo Civil na atualidade, que se está agora no que denominou de *terceiro momento metodológico* do direito processual, “caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”.

Continua o citado professor:

---

<sup>432</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 126.

<sup>433</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 54.

“O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”.<sup>434</sup>

Na esfera das Ações Constitucionais, no entanto, ainda não se chegou a um porto seguro do ponto de vista conceitual, mas é imprescindível dar-se conta de que todo aquele que se aventura no estudo de tão importantes instrumentos não pode perder de vista também o endereçamento teleológico.

De forma meramente exemplificativa, e para oferecer um cunho de aplicabilidade prática dos conceitos e conclusões verificados até aqui, faz-se, a seguir, a análise de importantes conceitos que operam no interior do Processo Civil, cuja natureza, na área das Ações Constitucionais, é totalmente diversa.<sup>435</sup>

## 2 Ação Civil Pública<sup>436</sup>

A partir da constatação de que o direito de ação na esfera da Ação Civil Pública não se confunde com o direito de ação no âmbito do Processo Civil, é possível afirmar

---

<sup>434</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 21.

<sup>435</sup> A seguir faz-se a análise de um instituto de cada uma das seguintes Ações Constitucionais: Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data*, Mandado de Injunção e Ação Popular. Não se desconhece que o *Habeas Corpus* e a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de Constitucionalidade são tipicamente Ações Constitucionais. Como já mencionado em nota na Introdução, estas últimas não serão tratadas porque a primeira necessitaria adentrar no estudo do Processo Penal, o que não seria possível no âmbito do trabalho e a segunda pela razão de ser uma ação que já está consagrada no patamar constitucional desde o seu início, não sofrendo, por isso, a mesma carga de influência do Processo Civil que todas as demais sofrem pelas razões explicitadas nos três primeiros capítulos da presente tese.

<sup>436</sup> Embora possa parecer que se tenha dado tratamento diferenciado à Ação Civil Pública em relação aos demais instrumentos processuais que se seguem, a verdade é que tratar de sua legitimidade de forma mais circunstanciada e mais aprofundada ajuda a compreender o que se passa com todos os demais institutos, e os conceitos e opiniões usados aqui serão utilizados na demonstração do que ocorre com a legitimação, por exemplo, do Mandado de Segurança Coletivo e da Ação Popular. Fica esclarecido que algumas afirmações feitas aqui serão pressupostas nos demais institutos a serem abordados em seqüência.

que os institutos de um e outro direitos de exigir a prestação jurisdicional também não são iguais entre si.

Algumas vezes não se trata de simples modificação conceitual, mas de reconhecer que determinados conceitos, importantes para a compreensão do direito de índole subjetiva, não operam na esfera do direito de cunho coletivo.

Como já foi dito, a identificação de conceitos diversos, por parte da doutrina e da jurisprudência, decorrente da falta de uma adequada separação entre esses diversos campos processuais, tem determinado uma perda no potencial protetivo que envolve a ação de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Utiliza-se, a seguir, o exemplo da forma como vem sendo tratada a questão da legitimidade ativa na Ação Civil Pública para demonstrar como, nesse instrumento, a utilização dos conceitos de Processo Civil restringe o campo de sua atuação.

Ainda que vários outros institutos possam ser alvo de estudo semelhante, a importância do aqui privilegiado bem como os limites impostos pela natureza do estudo justificam a arbitrariedade da eleição.

Sabidamente, em sede de Processo Civil, na concepção da corrente dominante e por força de dispositivos legais (artigos 3º e 267, VI, do Código de Processo Civil), a legitimidade ou qualidade para agir é uma “pretensão subjetivamente razoável”,<sup>437</sup> porque, dizem os processualistas, somente podem demandar aqueles que sejam titulares da relação de direito material deduzida em juízo. Por conseqüência, somente podem ser demandados aqueles que estejam no pólo passivo da mesma relação material. Quando há essa identificação entre a titularidade do direito material pleiteado

---

<sup>437</sup> MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 183.



e o exercício do direito de ação, denomina-se a legitimação de ordinária. Há, no entanto, a excepcional possibilidade, por força expressa de norma de direito processual (artigo 6º, do Código de Processo Civil), de alguém pleitear, em nome próprio, direito de outrem, chamando a doutrina, esta última hipótese, de legitimação extraordinária.

Como ensina Fábio Luiz Gomes<sup>438</sup> em sua crítica à teoria eclética sobre o direito de ação no Processo Civil, a legitimação, como prevista na lei processual civil, ou seja, com a natureza de condição da ação, representa resquício da teoria do direito concreto de agir. Com isso, poder-se-ia afirmar que colocar-se a legitimidade como condição da ação é, em realidade, inaplicável até mesmo no Processo Civil.

Na esfera da Ação Civil Pública, no entanto, a questão da legitimidade tem outra natureza e em nenhum momento pode ser confundida com a legitimidade processual estudada na esfera do direito intersubjetivo. Por não levar em conta essa circunstância, a doutrina e a jurisprudência têm manifestado entendimentos totalmente desencontrados sobre tão relevante tema.

Além da falta de uma consciência de que a Ação Civil Pública tem uma natureza jurídica diversa do Processo Civil, também outros fatores, decorrentes daquele, contribuem para uma tímida aplicabilidade do instrumento de defesa coletiva.

Nesse contexto é preciso considerar importantes fatores de ordem histórica. Em primeiro lugar, foi na esfera do Processo Civil que os estudiosos identificaram o fenômeno dos interesses difusos e coletivos e, mais tarde, dos individuais homogêneos. Não o foi, como seria desejável, no âmbito da Teoria Política; por isso o

---

<sup>438</sup> Ver capítulo 2 desta tese.

vício de encarar-se a Ação Civil Pública como instituto pertencente à esfera do Processo de cunho intersubjetivo.

De outro lado, o primeiro diploma legal a tratar, no Brasil, de uma ação civil de natureza pública foi a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispunha, em seu artigo 14, § 1º, o seguinte:

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Em 15 de dezembro daquele mesmo ano entrou em vigor a Lei Complementar nº 40, denominada de Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados, que previa em seu artigo 3º, III, entre as funções institucionais do “Parquet” a de “promover a ação civil pública, nos termos da lei”.

Estava consagrado no direito brasileiro o direito de ação para defesa de um interesse coletivo, em sentido amplo. Contudo, não havia normas de ordem processual ou procedimental para essa nova realidade. Os aplicadores do direito precisaram, então, buscar socorro em todo o instrumental do Processo Civil e nas noções que operam no seu interior para poder dar aplicabilidade à previsão legal. Tanto é assim, que, poucos dias antes do advento da lei que regulou a Ação Civil Pública, o processualista Kazuo Watanabe afirmava, em conferência proferida no “Seminário Sobre a Tutela dos Interesses Coletivos”, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o seguinte:

“Bem, o que me parece possível concluir, à vista do que ficou acima exposto, é que, desde que seja interpretado o art. 6º, do Cód. de Proc. Civil, com mente mais aberta e

com vistas voltadas à globalidade do ordenamento jurídico, principalmente ao sistema constitucional, afigura-se perfeitamente possível chegar-se à admissão da legitimidade *ad causam* das associações criadas com o fim estatutário de promover a defesa dos interesses difusos”.<sup>439</sup>

Duas importantes conclusões podem ser retiradas da lição de Kazuo Watanabe: a primeira é a de que efetivamente foi no Processo Civil que os operadores do direito foram buscar subsídios para a aplicabilidade prática da Ação Civil Pública; a segunda, já percebia aquele processualista, é a de que o Processo Civil era incapaz de abrigar em seu seio esse novo direito de ordem coletiva, recomendando, portanto, um voltar de vistas para o sistema constitucional.

Com o advento da Lei nº 7.347, em 24 de julho de 1985, foi, enfim, disciplinada a Ação Civil Pública, regulando o direito de ação estabelecido quatro anos antes.

Mesmo assim, alguns doutrinadores e parte da jurisprudência continuaram a abeberar-se nos ensinamentos e nas normas do direito instrumental de ordem intersubjetiva. Estavam, assim, operando em uma outra realidade jurídica.

Teori Albino Zavascki, por exemplo, afirma que a natureza jurídica da atuação do Ministério Público na defesa de qualquer interesse difuso configura substituição processual, uma vez que a instituição não defende direito próprio, mas sim alheio.<sup>440</sup>

A Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento que afasta a condenação do Ministério Público dos ônus da sucumbência – o que está correto, mas por outro fundamento –, adotando parecer do Procurador de

---

<sup>439</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 94.

<sup>440</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério Público e Ação Civil Pública. *Revista de Informação Legislativa*, n. 114, ano 29, abr./jun. 1992, p. 156.

Justiça José Geraldo de Brito Filomeno, fixou o entendimento unânime de que a legitimação das pessoas jurídicas relacionadas na lei que regula a Ação Civil Pública é extraordinária. Colhe-se do corpo do acórdão o seguinte posicionamento:

“E, de acordo com eminentes doutrinadores, não pode o órgão ministerial, que em casos que tais não defende interesses próprios, como curial, mas sim de número indeterminado de pessoas da sociedade como um todo considerada, vir a sucumbir com as verbas em questão, mesmo porque é mero substituto processual, prevendo expressamente a Lei n. 7.347, de 1985, aliás somente as associações elencadas em seu artigo 5º é que responderão pela sucumbência, e assim mesmo quando se reconhecer que a pretensão por elas patrocinadas por manifestamente infundada, consoante reza seu art. 17”.<sup>441</sup>

No entanto, começa hoje a firmar-se, especialmente na doutrina, o entendimento de que a legitimação daqueles órgãos aos quais a lei confere o poder-dever de defesa de interesses de natureza coletiva, *lato sensu*, é de natureza ordinária, embora, em algumas vezes, a justificação para tal conclusão não seja a mais adequada.

Rodolfo de Camargo Mancuso, que é um dos autores que mais tem se dedicado ao estudo da Ação Civil Pública, afirma o seguinte:

“Resumindo o que foi visto, temos que a legitimação para agir, nas ações que visam à tutela dos interesses superindividuais é de tipo *ordinário*, porque: a) quando o indivíduo age *per se*, na tutela de interesses gerais, ele também defende interesse próprio, configurado na “cota-parte” daqueles interesses, a qual lhe pertence enquanto indivíduo, cidadão, eleitor ou contribuinte; é o que se passa, grosso modo nas ações populares e nas *class actions* do direito norte-americano. Não importa que, eventualmente, alguns integrantes da categoria ou da coletividade não se interessem pela ação ou discordem de seu objeto, porque não se trata de litisconsórcio necessário; o que releva é que o *cives* exerce a liberdade pública reconhecida *uti singuli*, de exigir uma administração proba e eficaz e o respeito à lei, conforme o caso; b) quando a tutela dos interesses superindividuais é feita através de grupos legalmente constituídos, a legitimação também é ordinária, na medida em que sustentam, em nome próprio,

---

<sup>441</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 107.133-1, Relator: Desembargador Silveira Neto. 29 de dezembro de 1988. Revista Justitia, n. 146, ano 51, abr./jun. 1989, p. 124.

certas massas de interesses (ex.: os dos consumidores), para o quê a lei os considerou idôneos”<sup>442</sup>.

Ainda que seja correta a afirmação feita na parte final da lição acima transcrita, parece que não há total harmonia com o afirmado no item “a”. Ora, a defesa dos interesses coletivos (em sentido amplo) é sempre de legitimação ordinária, porque a lei assim estabelece. Logo, não se pode afirmar que, pelo fato de um único indivíduo ser o intérprete do pedido de proteção de interesse dessa natureza, ele tenha legitimação por possuir o que o doutrinador denomina de “cota-parte”. Pode até, numa evolução legislativa, ser ampliado o rol dos legitimados para a Ação Civil Pública, incluindo, entre eles, o cidadão, mas nem por isso ter-se-ia modificada a natureza dessa legitimação, isto é, o cidadão também não agiria em função da cota-parte que efetivamente possui mas por uma autorização legal. Também quando qualquer dos interesses de natureza igual àqueles tutelados por meio da ação civil pública seja defendido via outros instrumentos, como a ação popular ou ação direta de inconstitucionalidade, a legitimação é ordinária simplesmente porque ela decorre da lei e não da titularidade do interesse deduzido em Juízo.

Nesse sentido, mais de acordo com a realidade é o entendimento de Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Alvim e James Marins:

“O. que parece importante é ter-se presente que as ações coletivas emergiram no contexto de uma temática inteiramente diferenciada daquela em que se assenta o processo tradicional, de caráter individual.

Conseqüentemente, todo o sistema de defesa a título coletivo foi idealizado como uma modalidade de tutela ‘a mais’, mas que, em última análise não prejudica ou faz perecer o ‘interesse’ ou o ‘direito’ individual, se, o resultado da ação coletiva for *negativo*.

---

<sup>442</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 148.

Não importa que o ‘bem jurídico’, objeto da tutela coletiva haja sido idealizado como “outro” bem jurídico, diferente do bem jurídico individual. Isto porque, também em última análise é, praticamente possível imaginar-se ou fazer-se uma redução da ‘parcela’ do ‘bem jurídico coletivo’, traduzindo-o para compreendê-lo no plano de sua subjetivação individual. *Mas é exatamente a configuração diferenciada do bem jurídico, no plano da ação coletiva, que viabiliza a distinção entre esta ação e a ação individual*’.<sup>443</sup>

Nota-se que para estes doutrinadores a redução do direito à parcela, como pretende Rodolfo Mancuso, é somente para dar oportunidade ao entendimento de como se manifesta o fenômeno jurídico. No entanto, a tônica da doutrina é a demonstração de que ambas as realidades (defesa dos direitos coletivos e individuais) não se confundem.

Do ponto de vista da jurisprudência, veja-se o exemplo da decisão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, por unanimidade, em acórdão lapidar do Desembargador Napoleão Amarante, reconhece que a legitimidade, em sede de ação civil pública, decorre da lei e da natureza dos direitos cuja tutela é postulada ao juiz. Eis a ementa da mencionada decisão:

**“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CASA DE DIVERSÃO LOCALIZADA EM ÁREA DESTINADA POR LEI MUNICIPAL PARA USO EXCLUSIVAMENTE RESIDENCIAL. ALEGAÇÃO, ADEMAIS, DE PREJUÍZO AO REPOUSO NOTURNO. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO CAPAZ DE CARACTERIZAR O INTERESSE PÚBLICO. RECURSO PROVIDO PARA DAR PROSSEGUIMENTO À AÇÃO.**

Na raiz da questão relacionada com a legitimidade do Ministério Público para intentar ação civil pública, em caso do descumprimento do Plano Diretor de uma cidade, com reflexos, inclusive, na tranqüilidade necessária ao repouso noturno, está o exame obrigatório da natureza jurídica do interesse subjacente, objeto da pretendida tutela. E é na exata dimensão da causa projetada pelo Constituinte de 1988 – proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e

---

<sup>443</sup> ALVIM, Arruda et al., op. cit., p. 361-362.

coletivos – que se desenha, sem possibilidade de desbordar desses limites, a legitimação da instituição ministerial nessa específica área de atuação.

É inquestionável que a organização de uma cidade e a fiscalização para o exato cumprimento de todos os aspectos legais que lhe dizem respeito, porque são bens de efeitos imateriais que passam a integrar o patrimônio social, quando transcende do puramente individual, não pode ficar fora da perspectiva da atuação funcional do Ministério Público, nos termos do referido dispositivo constitucional”.<sup>444</sup>

Em síntese, a legitimidade para buscar em juízo a tutela dos interesses coletivos (abrangendo com tal expressão os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos) decorre da lei. Assim, na esfera da Ação Civil Pública não opera o conceito ou a noção de legitimidade extraordinária, uma vez que as pessoas jurídicas ou as instituições são legitimadas por força de disposição legal; e, nesse caso, a legitimação é sempre *ordinária*. Qualquer outra pessoa que não esteja legitimada por força de lei não poderá exercitar o direito de ação decorrente da Ação Civil Pública, pois em nenhuma hipótese poderá haver a substituição processual, ou seja, a legitimação extraordinária.

Assim, quando a Ação Civil Pública é proposta por um dos co-legitimados previstos pela lei (Ministério Público, União, Estado, Município, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação que preencha os requisitos legais), resta somente indagar se o interesse que a ação busca tutelar é difuso, coletivo ou individual homogêneo. Essa análise, no entanto, é matéria de mérito e não pode, jamais, ser considerada condição para ação.

---

<sup>444</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 43.009, da Capital. Relator: Desembargador Napoleão Amarante. Diário da Justiça, nº 9.039, de 30.08.95, p. 6.

É preciso lembrar que, ao lado desse vício de visualizar a Ação Civil Pública pela ótica do Processo Civil, outros dois elementos de ordem histórica complicaram a sua aplicação no que se refere à legitimidade.

O primeiro foi o veto presidencial ao inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº 7.347/85, para retirar da esfera de proteção da Ação Civil Pública “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” que não os referentes ao meio ambiente, ao consumidor ou a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, arrolados expressamente nos incisos anteriores do mesmo dispositivo legal. Com isso, houve uma restrição à atuação dos legitimados, uma vez que nem todos os interesses coletivos e difusos poderiam ser objeto de ação dessa natureza.

Na oportunidade, o então Presidente da República, José Sarney, justificou o veto, alegando o seguinte:

“É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa”.<sup>445</sup>

Os casos rebeldes ditados pela complexidade da vida social manifestaram-se rapidamente, já vários outros interesses difusos e coletivos existentes passaram a exigir sua própria tutela.

---

<sup>445</sup> Ver Mensagem nº 359. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de sua aplicação*. MILARÉ, Édis (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 498.



A CRFB/88, preenchendo parte dessa lacuna, inseriu entre as funções institucionais do Ministério Público a de promover a “ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente **e de outros interesses difusos e coletivos**”.<sup>446</sup> Ficou, com isso, consideravelmente ampliada a legitimidade dessa instituição para a defesa de tais interesses. Posteriormente, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor, inseriu o inciso IV no artigo 1º da Lei nº 4.347/85, ampliando a atuação de todos os demais co-legitimados legais para interpretar a defesa de tais interesses. Passou a Ação Civil Pública, portanto, a ser o instrumento próprio para as ações de responsabilidade por danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, além dos expressamente nominados.

A afirmação no sentido de que tal veto foi elemento complicador para a aplicação do instrumento processual em análise justifica-se quando, mesmo após o advento do Código do Consumidor, é possível encontrar entendimentos de vários doutrinadores no sentido de que os interesses difusos e coletivos, protegidos pela lei, são disciplinados em *numerus clausus*.

Rogério Lauria Tucci, em artigo publicado em 1992, afirma:

“Servo da lei [o Ministério Público], como todos os integrantes da comunidade, somente poderá (e deverá) ajuizá-la quando ‘preenchidas determinadas condições legais’, quais sejam as concernentes às previsões normativas de sua conduta, especialmente as que, em *numerus clausus*, estatuem os lindes de sua atuação em defesa dos interesses difusos e coletivos (expressões que a própria CF sobreleva no já mencionado art. 129, III, tendo-as não ‘como sinônimas, mas como realidades

---

<sup>446</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. O grifo não está no original.

diversas, ou melhor, como espécies diversas', ao utilizar 'a conjunção aditiva e em lugar da alternativa ou')".<sup>447</sup>

Arnoldo Wald também segue o mesmo entendimento, afirmando em artigo publicado em 1994: "Sendo um remédio excepcional, não deve ser ampliada a sua atuação fora dos casos legalmente previstos, que constituem em verdadeiro *numerus clausus*, aplicando-se o princípio da taxatividade".<sup>448</sup>

É importante salientar que as mesmas restrições interpretativas são também verificáveis na jurisprudência, como, exemplificativamente, vêem-se em algumas decisões proferidas em Ação Civil Pública, que visavam à reparação de danos ao erário público.

Em decisão aplaudida pela doutrina de Arnoldo Wald, no artigo referido,<sup>449</sup> a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais manifestou o seguinte entendimento:

"Para se obter a restituição do Erário Municipal de dinheiro desviado por Prefeito, a via processual é a ação popular e não a ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica.

Se o representante do Ministério Público, utilizando-se de via processual inadequada, intenta ação civil pública com vistas à restituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal, o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura desta última".<sup>450</sup>

---

<sup>447</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. *Ajuris*, n. 56, Ano XIX, novembro 1992, p. 43.

<sup>448</sup> WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (Análise de sua patologia). *Ajuris*, n. 61, ano XXI, jul. 1994, p. 97.

<sup>449</sup> Idem, *ibidem*, p. 95-96.

<sup>450</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação n. 10.061/0. Relator: Desembargador José Loyola. 14 outubro de 1993. *Revista dos Tribunais*, n. 716, p. 253. O destaque encontra-se no original.

Posteriormente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no mesmo sentido, proferindo decisão com a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DE PARTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEIS 7.347/85 E 8.079/90. REPARAÇÃO DE DANOS. MUNICIPALIDADE DE MARÍLIA SP. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame de ofício, não podendo o Tribunal **ad quem** furtar-se de apreciá-lo sob a alegação de preclusão.
2. A Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no art. 1º, acrescido do inc. IV pela Lei 8.078/90.
3. A ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover a ação civil pública para esse fim específico.
4. Recursos especiais conhecidos e providos para declarar a extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC”.<sup>451</sup>

É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez esse seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País, a cujos governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas que venham ou possam vir, ainda que transitoriamente, a desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou a ter os dissabores da má gestão do dinheiro público.

Muito antes das decisões transcritas, dispositivos legais já tinham fixado a legitimidade então infirmada naqueles acórdãos.

Comentando sobre a Lei nº 8.422/92, José Galvani Alberton diz o seguinte:

“Soa-nos equivocada a pregação de que somente agora, com o advento da Lei nº 8.429/92, teria o Ministério Público sido guindado à condição de parte legítima para buscar valores desviados dos cofres públicos; ou ainda de que a ação civil pública ressarcitória, de que trata essa lei, é instituto processual próprio, inconfundível com a

---

<sup>451</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 34.980-5, de São Paulo. Relator: Ministro Peçanha Martins. 15 de junho de 1994. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 65, p. 352, jun. 1994.

ação pública referida no texto constitucional (art. 129, III). Para nós, a legitimação do **Parquet** consolidou-se já com a edição da Carta de 1988. A Lei 8.429/92 teria se limitado apenas a reafirmá-la, introduzindo alguns adornos de ordem processual, como, por exemplo, a possibilidade de, além do procedimento dos bens e da obrigação de reparar o dano, cominar-se judicialmente as penas correspondentes à perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e outras medidas restritivas de direitos previstas no art. 12, I, II e III, do referido diploma”.<sup>452</sup>

Correta a afirmação de Alberton, uma vez que sua abordagem limita-se à atuação do Ministério Público. De forma mais geral, pode-se dizer que, efetivamente, a legitimidade pública dos órgãos daquela instituição tem origem na disposição constitucional apontada. Ocorre, no entanto, que antes da entrada em vigor da Lei 8.429/92, ao inserir o inciso IV no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, por meio da lei que instituiu o denominado Código de Defesa do Consumidor, em 1990, já havia o legislador estendido essa mesma legitimidade a todas as instituições integrantes do rol do artigo 5º da referida lei.

Ora, dispondo a lei expressamente que a Ação Civil Pública é instrumento para veicular a ação de responsabilidade por danos “a **qualquer** outro interesse difuso ou coletivo”, impossível concluir-se que haja um rol taxativo de ações possíveis. Os incisos I, II e III do artigo 1º da Lei nº 7.347/85 passaram, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a ter uma função meramente exemplificativa. Integram a categoria de direitos difusos e coletivos, entre outros, também os que dizem respeito ao meio ambiente, ao consumidor ou a bens ou direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico.

---

<sup>452</sup> ALBERTON, José Galvani. *O Ministério Público e a Reparação de Danos ao Erário: experiências e entraves*. Palestra proferida em painel do “Seminário Nacional sobre os Dez Anos da Lei da Ação Civil Pública”, realizado na cidade de Blumenau (SC), em 29.10.95, a ser publicada nos anais daquele encontro. O destaque está no original.

O segundo elemento complicador foi não ter o legislador, já na Lei nº 7.347/85, regulado a defesa dos interesses individuais homogêneos entre aqueles tuteláveis pela via da Ação Civil Pública. É que quando se trata de interesses decorrentes de conflitos metaindividuais nem eles são identificáveis como puramente difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo. Por isso Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery afirmam que o “que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva ou individual homogênea”.<sup>453</sup>

Antônio Herman V. Benjamin apresenta a seguinte situação fática que bem demonstra a afirmação acima:

“De um lado, estão os consumidores e, do outro, uma empresa de plano de saúde: se o consumidor-contratante ingressa em juízo buscando a repetição do indébito, proveniente de reajuste indevido, presente um típico interesse individual; diversamente, se o Ministério Público (ou outro co-legitimado) propõe ação civil pública para expurgar dos contratos já firmados a mesma cláusula de reajuste que deu origem ao pleito anterior de repetição de indébito, há interesse individual homogêneo; além disso, se uma associação vai a juízo para defender seus associados, no caso de ter firmado convenção coletiva de consumo com o plano de saúde, o interesse é coletivo *stricto sensu*; finalmente, se a pretensão do legitimado for a proibição futura de inclusão na cláusula de reajuste taxada de abusiva, o interesse será difuso”.<sup>454</sup>

O fato de não inserir o legislador, já na Lei nº 7.347/85, o interesse individual homogêneo deu oportunidade a que parte da doutrina e expressiva parcela da jurisprudência viessem a negar legitimidade àquelas entidades arroladas na lei como co-legitimadas para a defesa de interesses difusos e coletivos, analisando essa circunstância como condição da ação, por entenderem que o pedido de tutela judicial

---

<sup>453</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 1016.

<sup>454</sup> BENJAMIN, Antônio Herman, op. cit., p. 100.

recaía sobre direito individual. Isso determinou, como é comum no âmbito do direito, que mesmo após o advento do Código do Consumidor, em casos típicos de defesa da relação de consumo, a doutrina e a jurisprudência continuassem a desconsiderar tal dispositivo legal.

Rogério Lauria Tucci afirma a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor ação visando a defender interesses “de alunos e/ou seus genitores ou responsáveis, no tocante à majoração de preços de serviços prestados por estabelecimento de ensino”, tecendo elogiosos comentários a uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu não poder “o *parquet* exercer o *munus* concedido pela lei ao advogado, se não usurpando sua atividade profissional”.<sup>455</sup>

Sobre o mesmo tema, parte da jurisprudência, mesmo após o advento do Código do Consumidor, frisa-se, tem declarado a ilegitimidade de qualquer daquelas instituições arroladas pela lei que regula a Ação Civil Pública para a defesa de interesses da relação de consumo decorrentes da prestação de serviços pelos estabelecimentos de ensino. A título de exemplo, são trazidas as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

**“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública para impedir a prática de aumento de mensalidade escolar, pois não se trata de defender direito difuso nem interesses ou direitos coletivos.

Recurso Provido”.<sup>456</sup>

**“AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.**

---

<sup>455</sup> TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 51-52.

<sup>456</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 35.644, de Minas Gerais. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 11 de maio de 1994. *Diário da Justiça*, p. 14254, 6 jun. 1994.

O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação pública civil na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhes vedado valer-se desse instrumento para porfiar na defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo.

As atribuições do Ministério Público são as previstas na Constituição ou na lei, sendo defeso ao Estado, conferir-lhe outras (atribuições) através de convênio”.<sup>457</sup>

Ora, como no exemplo apresentado por Antônio Herman Benjamin, também no contexto de uma relação jurídica decorrente do contrato de prestação de serviço de ensino, pode-se identificar todos os níveis de interesses: a relação contratual entre o tomador e o prestador do serviço gera um interesse de ordem individual, protegível pela via do Processo Civil; a relação de todos os consumidores desse serviço, lesados pela causa comum do aumento abusivo da mensalidade, configura um interesse individual homogêneo; do ponto de vista da associação de pais o interesse é coletivo; por fim, se o pedido for no sentido de obstar qualquer reajuste abusivo futuro, o interesse será difuso. Para a defesa desses três últimos interesses, de ordem coletiva em sentido amplo, são legitimados todos os entes arrolados no artigo 5º da Lei nº 7.347/85 e, em especial, no artigo 82 da Lei nº 8.078/90.

Em casos como o exemplificado, é impossível concluir-se pela ilegitimidade do autor do pedido, quando este está expressamente contemplado na lei como legitimado. O que pode ocorrer é que o pleito judicial não recaia sobre um interesse difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo. Essa circunstância, no entanto, é matéria que diz respeito ao mérito e não é, com certeza, condição da ação, pelo que não pode ser causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, como tem ocorrido com certa frequência na prática judiciária.

---

<sup>457</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 46.130, do Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. *Diário da Justiça*, p. 16062, 20 jun. 1994.

Enfatizando: a análise da Ação Civil Pública desde uma ótica do Processo Civil, aliada às circunstâncias da limitação imposta pelo veto presidencial à ampla proteção dos interesses difusos e coletivos, e a falta de previsão para a defesa dos interesses individuais homogêneos já no nascedouro da ação de defesa dos interesses coletivos em sentido amplo determinaram uma limitação indesejada e indesejável na aplicação deste instrumento de defesa da cidadania. Essas duas últimas situações foram a bom tempo corrigidas pelo legislador. Para a mudança de enfoque na análise desse importante instituto jurídico, pretende contribuir o presente trabalho.

### **3 Mandado de Segurança**

Ainda que o direito a ser tutelado via Mandado de Segurança tradicional<sup>458</sup> seja um direito de cunho individual e a este título seja sempre exercido, a verdade é que ele não se confunde com os direitos da mesma natureza (individual) das relações intersubjetivas características do Direito vigente no Estado Moderno. Trata-se de direito que pode ser inserido no rol dos “novos” direitos em virtude de ser típico do Estado Contemporâneo. Sabidamente o denominado direito líquido e certo tutelável pela via da Segurança é lesado por ato de autoridade, ligada, portanto, à Administração Pública ou de alguém em atividade delegada. Trata-se, assim, de um instrumento capaz de sindicatar ato típico da atividade estatal, circunstância esta somente ocorrente no Estado Contemporâneo e impensável no Estado Moderno.

---

<sup>458</sup> Usa-se aqui a expressão “Mandado de Segurança tradicional”, seguindo uma tendência doutrinária, para diferenciar o Mandado de Segurança conhecido anteriormente (com aparência de ter cunho de tutela idêntica à dos tradicionais direitos individuais) do Mandado de Segurança coletivo, uma vez que este é novidade inserida no direito brasileiro pela Constituição de 1988.



De outro lado, o Mandado de Segurança é instrumento processual de cunho constitucional e que é, ao mesmo tempo, garantia constitucional do cidadão. Salvo, portanto, alguns aspectos de procedimento – não de processo –, não guarda qualquer identidade com o Processo Civil.

Vale a pena transcrever aqui a seguinte lição de Sérgio Ferraz, que, é verdade, poderia ser estendida, com as devidas mudanças, a todas as Ações Constitucionais:

“[...] o mandado de segurança é, *em si*, uma das garantias constitucionais fundamentais, como tal expressamente instituído e arrolado no art. 5º da nossa Carta Política – o artigo que funda o estatuto básico dos direitos individuais, coletivos e difusos. Esse berço de nascimento de pronto contamina o mandado de segurança com a marca indelével, que há de nortear seu estudioso, intérprete, usuário ou aplicador: partejado que foi como instrumento das liberdades fundamentais, inserido que está dentre as garantias mestras, o mandado de segurança há de ser *sempre* liberalmente encarado e compreendido. É dizer, não de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto ao seu cabimento, há que preponderar o entendimento que se inclina em seu favor; nas questões polêmicas, que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Firma-se aqui, portanto, desde já, o princípio fundamental, a nortear este ensaio, o princípio de espeque constitucional: como, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amésquinhue tal parâmetro”.<sup>459</sup>

Instrumento de defesa das liberdades públicas, eis a comprovação do que se disse anteriormente, ou seja, que se trata de instrumento vocacionado à tutela de “novo” direito. Instrumento de patamar constitucional, eis sua diferença para o Processo Civil.

Um instituto do Mandado de Segurança tradicional é analisado a seguir, com a finalidade de demonstrar a diferença desse instrumento para o Processo Civil e, mais uma vez, para comprovar que a confusão entre os dois instrumentos somente retira a

---

<sup>459</sup> FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 10.

potencialidade da Ação Constitucional. Trata-se da legitimidade passiva. Esse tema não é estudado somente porque existe discrepância doutrinária sobre eles, mas porque é de extrema importância para a efetiva tutela dos direitos a que se destina o instrumento processual.

Há uma grande divergência entre os doutrinadores e uma total dissonância na jurisprudência sobre quem é o sujeito passivo na ação de segurança. Esse fato se dá em razão de a Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, e de o Código de Processo Civil de 1939 disporem que, ao receber o Mandado de Segurança, o juiz determinaria a notificação da autoridade coatora, para prestar as informações, e a citação da pessoa jurídica de direito público, para contestar.

A Lei 191/36, em seu artigo 8º, assim dispunha:

“Art. 8º A inicial será desde logo indeferida quando não fôr caso de mandado de segurança ou lhe faltar alguns dos requisitos desta lei.

§ 1º Conhecendo do pedido, o juiz imediatamente:

a) mandará citar o coator, por oficial do juízo, ou por precatória, a fim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos:

b) encaminhará, por ofício, em mão do oficial do juízo ou pelo correio, sob registro, ao representante judicial, ou, na falta, ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com as respectivas cópias dos documentos.

§ 2º.....

§ 3º Na contra-fé de citação, a que se refere a letra *a* do § 1º, assim como no ofício de que trata a letra *b* do mesmo parágrafo, será fixado o prazo de dez dias úteis, que correrá em cartório, depois de juntar-se aos autos a contra-fé e o recibo do ofício, para apresentação da defesa e das informações reclamadas”.

Era a seguinte a determinação presente no artigo 322 do Código de Processo Civil de 1939:

“Art. 322. Despachando a petição inicial, o juiz mandará:

I – notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com cópias dos documentos, a fim de prestar informações no prazo de dez (10) dias:

II – citar o representante judicial, ou, à falta do representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação.

§ 1º Quando a pessoa do coator se confundir com a do representante judicial, ou legal da pessoa jurídica de direito público interessada na causa, a notificação, feita na forma do nº I dêste artigo, produzirá também os efeitos da citação.

§ 2º O prazo para a contestação será de dez (10) dias”.

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no entanto, alterou o procedimento e estabeleceu um novo rito que dispensa a citação da pessoa jurídica de direito público, prevendo tão-somente a notificação da autoridade coatora para que preste as informações. A singeleza do rito está concentrada nos seguintes dispositivos legais da lei antes referida:

“Art. 7º. Ao despachar a inicial, o Juiz ordenará:

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que achar necessárias.

[...]

Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham ou não sido prestadas as informações pela autoridade coatora”.

Tendo o rito processual previsto a interveniência nos termos da ação somente do impetrante, da autoridade coatora, do Ministério Público e do Juiz, várias opiniões, contrárias entre si, pretenderam identificar o sujeito passivo para esse tipo de ação.

Para um expressivo número de doutrinadores, a parte passiva é a autoridade coatora. Entre os que defendem essa posição, encontra-se Hely Lopes Meirelles, que afirma textualmente que o “*impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica*

ou órgão ao qual o seu ato é imputado em razão do ofício”.<sup>460</sup> Mais adiante reforça essa noção ao dizer que a “*autoridade coatora* será sempre *parte* na causa, e, como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações no prazo de 10 dias, atender às requisições do Juízo e cumprir o determinado com caráter mandamental, na liminar ou na sentença”.<sup>461</sup> Além disso, é em nota de rodapé que ele termina por esclarecer definitivamente sua posição sobre o tema: “Equivocadamente alguns autores e julgados têm considerado a pessoa jurídica, a que pertence o coator, como a impetrada no mandado e parte na ação. A entidade pode ingressar no processo, a seu pedido, ao lado do coator, mas não o substitui e nem o exclui da lide”.<sup>462</sup> Pontes de Miranda, embora confusamente, em algum momento, entenda que a pessoa jurídica deve ser citada, porque “o *demandado* é ela”,<sup>463</sup> também adota, em todas as demais passagens de sua obra, o entendimento de que o sujeito passivo é a autoridade coatora, afirmando com ênfase que “o mandado de segurança é impetrado contra o órgão, e não contra a pessoa jurídica”.<sup>464</sup>

Uma segunda corrente doutrinária sustenta que há um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público. Esse entendimento, por exemplo, já foi sustentado por J. M. Othon Sidou:

“Passivamente, há sempre um litisconsórcio necessário em mandado de segurança, ademais tendo em conta a oportunidade que, no seu art. 15, a lei abre, de serem pleiteados, por ação própria os efeitos patrimoniais, valendo a sentença da garantia como meio hábil dada a sua condição de coisa julgada.

---

<sup>460</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. Atualizada por Arnaldo Wald. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 32. O grifo está no original.

<sup>461</sup> Idem, *ibidem*, p. 33. O destaque está no original.

<sup>462</sup> Idem, *ibidem*, p. 32

<sup>463</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 156. (Vol. V).

<sup>464</sup> Idem, *ibidem*, p. 157.

As leis 191 e 1.533 apresentam uma dicotomia quanto ao litisconsórcio misto, ou facultativo próprio, porque unilateralmente obrigatório; pela norma vigente (art. 3º) ele é facultativo impróprio. O modo potencial por que se expressava o art. 319, § 1º, do Código de Processo, admitia também a fórmula facultativa imprópria”.<sup>465</sup>

No mesmo sentido, o entendimento, entre outros autores, de Lúcia Valle Figueiredo, quando afirma:

“Dessume-se, pois, como já exposto, ser indispensável à defesa dos interesses da pessoa de direito público sua citação como litisconsorte necessário, ou, de qualquer forma, dar-se plena aplicação, quando for o caso, o artigo 3º da Lei n. 4.338, de 1964, já citado.

A lume do atual texto constitucional isto deverá ocorrer necessariamente, pois as instituições estão separadas esperando-se, apenas, a lei de criação da advocacia-geral da União.

Os interesses da pessoa jurídica não serão defendidos propriamente pelo coator, uma vez que a este cabe, tão-somente, prestar as informações. Deve fundamentar amplamente o seu ato.

Nem, tão pouco, o Ministério Público, deverá fazer tal defesa. Lembre-se de sua função institucional de *custos legis*. A defesa será certamente da ordem jurídica”.<sup>466</sup>

Também são encontradas outras posições, que Sérgio Ferraz<sup>467</sup> reputa confusas e que denominou posições mistas. Ainda que todas possam encontrar variáveis, poderiam ser agrupadas pela característica de afirmarem ser parte passiva no Mandado de Segurança a pessoa jurídica de direito público, mas a autoridade coatora ou o Ministério Público funcionariam como representante ou como substituto processual daquela.

---

<sup>465</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 274. Mais recentemente, no entanto, parece que Othon Sidou modificou seu entendimento para filiar-se ao pensamento de que a autoridade coatora é a única legitimada passiva na ação de segurança. Ver: SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas data*”, *mandado de injunção*, *mandado de segurança*, “*habeas corpus*”, *ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 236-237.

<sup>466</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 36-37.

<sup>467</sup> FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 43.

No primeiro sentido, veja-se, exemplificativamente, o pensamento de Coqueijo

Costa:

“No mandado de segurança coatora é a autoridade, que substitui a pessoa jurídica de direito público e tem interesse na decisão da causa que envolve o substituído. É a autoridade que presta as informações na ação mandamental, diretamente ou pelo Procurador do Estado. A coisa julgada atinge também o substituído, que a pessoa jurídica de direito público responsável pela violação do direito do impetrante [...]”.<sup>468</sup>

Corroborando a posição acima, Celso Agrícola Barbi é enfático:

“[...] a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ela se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem ‘capacidade de ser parte’ do nosso direito processual civil”.<sup>469</sup>

Themistocles Brandão Cavalcanti, por sua vez, atribui ao Ministério Público a representação daquela que ele entende seja a verdadeira legitimada passiva, ou seja, a pessoa jurídica de direito público. Nesse sentido, o pensamento que a seguir se transcreve:

“Temos, por isso mesmo, sempre entendido que a autoridade apenas esclarece a situação de fato, ou pelo menos é seu dever *informar* ao juízo sobre o ato impugnado. Seria, porém, inaceitável deixar essa mesma autoridade sem a necessária defesa jurídica, pelos órgãos próprios do Estado. A lei se refere ao Ministério Público porque, em geral, os representantes judiciais da Fazenda são os órgãos do Ministério Público, mas com características próprias, entre as quais a mais importante, sem dúvida é a de representar a entidade pública em juízo. Será, portanto, nessa qualidade que há de intervir no processo e usar dos recursos legais”.<sup>470</sup>

---

<sup>468</sup> COSTA, Coqueijo. *Mandado de segurança e controle constitucional*. São Paulo: LTr, 1980, p. 64.

<sup>469</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 179-180.

<sup>470</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 184.

Mais modernamente, a doutrina começa a se firmar no sentido de entender como legitimado passivo a pessoa jurídica de direito público.

Celso Ribeiro Bastos entende que:

“A autoridade coatora titulariza um órgão público e, enquanto tal, atua a vontade da pessoa a que pertence. As conseqüências do ato que pratica são diretamente imputadas à referida pessoa que arca com o ônus das mesmas em face do impetrante, respeitado, como ficou visto, o seu eventual direito de regresso contra o agente que tenha atuado com dolo ou culpa”.<sup>471</sup>

Esta posição é a mesma adotada por Sérgio Ferraz, quando afirma:

“Em suma, na nossa visão, sujeito passivo, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica de direito público que vai suportar os efeitos defluentes da ação. Ela sequer é litisconsorte necessária da autoridade coatora, eis que esta, pelos motivos já expostos antes, não é parte. Pouco importa que assim não venha sendo entendido ou observado, na prática judiciária”.<sup>472</sup>

Esse é, efetivamente, o melhor entendimento sobre a legitimação passiva em Mandado de Segurança, embora não seja possível concordar-se integralmente com os demais termos do entendimento esposado pelos últimos dois autores acima citados. As razões de ambas as afirmações são analisadas a seguir.

Em primeiro lugar, afirma-se que o melhor entendimento é o de que no Mandado de Segurança o sujeito passivo é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora, porque assim dispôs a Lei nº 1.533/51.

Como se depreende dos dispositivos legais vigentes e transcritos acima (artigos 7º, I, e 10, da Lei 1.533), o rito processual, na normalidade dos casos, da Ação de Segurança é muito simples: proposta a ação, recebida a inicial, o juiz determina a

---

<sup>471</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 37.

<sup>472</sup> FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 42. O destaque pertence ao original.

notificação da autoridade apontada como coatora para que preste as informações no prazo legal, abre-se vista para manifestação do Ministério Público e são os autos conclusos para a sentença.

Optou a lei, então, por não realizar a citação do legitimado passivo, prevendo somente a possibilidade de que a autoridade de quem partiu o ato questionado o justificasse. Tycho Brahe Fernandes afirma com razão: “O sujeito passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica, a qual não é citada para integrar a lide”.<sup>473</sup>

Poder-se-ia dizer que, quando vigente a Lei nº 191/36 seria sustentável a opinião no sentido de que a autoridade coatora fosse entendida como legitimada passiva e, em especial, até se teria por admissível o litisconsórcio necessário sustentado por parte da doutrina acima referida. É que, lidas na textualidade, as normas que regulavam a matéria determinavam a citação da autoridade e estabeleciam prazo para a defesa. No entanto, já no artigo 322 do Código de Processo Civil de 1939, já não havia mais possibilidade de estabelecer-se essa confusão, pois a norma então veiculada por esse dispositivo determinava a notificação da autoridade coatora e a citação do “representante judicial, ou, à falta do representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação”, conforme transcrição feita acima.

Na vigência da Lei 1.533/51, insista-se, não há mais como estabelecer a confusão entre legitimado passivo e a atuação administrativa da autoridade apontada como coatora. Nesse sentido, com propriedade leciona Sérgio Ferraz:

“Restaria aparente, na polaridade passiva, tão apenas o ente ou entidade coatora. Mas esse não é chamado a defender-se, que é ato típico do querelado: ele é convocado para

---

<sup>473</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. Informações e revelia no mandado de segurança. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 21, n. 72, jan./jun. 1995, p. 67.



prestar informações (que, inclusive, gozam, em matéria de fato, de presunção relativa de veracidade), a expor, com absoluta verdade, que ato ou omissão efetivamente cometeu e por que o fez. Tanto faz que suas informações veiculem apenas matéria de direito ou circunstâncias fatuais: ao contrário do que alguns pensam, cremos que o conteúdo das informações é irrelevante, no plano processual”.<sup>474</sup>

É exatamente por isso que conclui Tycho Brahe Fernandes de que a falta de informações por parte da autoridade não induz revelia, como pretendem algumas decisões judiciais.<sup>475</sup>

Ao fixar-se que a autoridade instada a prestar informações não é legitimada, afasta-se, por óbvio, toda e qualquer afirmação no sentido de que se forme um litisconsórcio necessário entre a autoridade e a pessoa jurídica.

Também não se pode afirmar que a autoridade coatora ou o Ministério Público sejam representantes ou substitutos processuais da pessoa jurídica. A CRFB/88 estabeleceu que a representação das pessoas jurídicas de direito público serão representadas judicialmente pelos respectivos procuradores, como se verifica no disposto em seus artigos 131 e 132, combinado, ainda, com o que prevê o artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. De outro lado, a mesma Carta Constitucional, em seu artigo 129, IX, veda ao Ministério Público “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. As chamadas teorias mistas, portanto, não se coadunam com o ordenamento constitucional vigente.

Assim, a parte passiva para o Mandado de Segurança é a pessoa jurídica à qual está ligada a autoridade apontada como violadora do direito líquido e certo.

---

<sup>474</sup> FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 41.

<sup>475</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. op. loc. cit.

O raciocínio de que esse tipo de ação corresponde àquela típica do Processo Civil faz com que os doutrinadores tenham a sensação de que o processo das Ações Constitucionais também tenha que obedecer àquele conceito de que a relação processual tem como um de seus principais caracteres o de ser “trilateral ou triangular, visto que se entretence através das relações entre autor e juiz, juiz e réu, e autor a réu, como *actum trium personarum*”<sup>476</sup> e que, “feita a citação do réu, considerar-se-á constituído o processo, formada a relação processual, qualquer que seja o tipo de procedimento”<sup>477</sup>, que são concepções tipicamente daquele ramo do Direito Processual.

Tanto é assim que os dois doutrinadores mais avançados nesse tema e que foram a sustentação do pensamento sobre a legitimação passiva visto acima terminam por cair na mesma armadilha de raciocínio.

Sérgio Ferraz, após afirmar que há uma cumplicidade nefanda dos juízes, do impetrante, do poder público e do Ministério Público, ao deixarem “prosperar um processo capenga”, quando não promovem a citação da pessoa jurídica para integrar o processo de segurança,<sup>478</sup> afirma o seguinte:

“Houve – é inequívoca a necessidade de proclamá-lo – pelo menos retrocesso técnico na Lei 1.533. Fosse na Lei 191, fosse no Código de Processo de 1939, promovia-se a notificação da autoridade coatora para prestar informações e a citação da pessoa jurídica de direito público para contestar. Na Lei 1.533 ou se regrediu mesmo ou, quem sabe, omitiu-se, por esquecimento, a figura do réu e sua imprescindível presença no processo”.<sup>479</sup>

---

<sup>476</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1982-1984, p. 138. (Vol. 1).

<sup>477</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 322. (Vol. 1).

<sup>478</sup> FERRAZ, Sérgio, op. cit., p. 42.

<sup>479</sup> Idem, *ibidem*.

Idêntico pensamento o de Tycho Brahe Fernandes ao dizer: “Para uma futura e necessária modificação legislativa acerca do Mandado de Segurança, *de lege ferenda*, entendo deva ser determinado que a pessoa jurídica seja citada na pessoa da autoridade coatora, a qual oferecerá contestação, em nome da pessoa jurídica, devidamente assistida por advogado”.<sup>480</sup>

Não é esse o melhor entendimento, pois a lei não esqueceu, não regrediu e nem necessita de uma modificação legislativa futura. O que houve foi uma opção legislativa, absolutamente correta, por um procedimento célere para sindicarmos um ato da administração quando se apresenta com a potencialidade de ter violado um direito líquido e certo de um determinado cidadão. Para isso, dispôs a lei, a parte legitimada passiva não participa do primeiro momento processual, só fazendo em grau de recurso. Sobre esse tema, do recurso, lembra, com acerto, Sérgio Ferraz que não há qualquer polêmica: “mesmo aqueles, que sustentam ser a autoridade coatora parte, não hesitam em dizer (aliás, sem qualquer preocupação, *data venia*, com a eventual inconsistência da posição) que, denegada a segurança, sujeito passivo recursal é a pessoa jurídica interessada na salvaguarda do ato coator”.

Não há como se argumentar que nesse caso estariam sendo violados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Com relação ao primeiro, é importante lembrar que se trata de procedimento informado somente por prova pré-constituída, o que retira a idéia de participação em qualquer dilação probatória, estando a contrariedade somente em matéria de direito que pode perfeitamente ser debatida sem prejuízo no segundo grau de jurisdição. Quanto à ampla defesa, também é

---

<sup>480</sup> FERNANDES, Tycho Brahe, op. cit., p. 60.

perfeitamente possível, no procedimento em análise, o seu exercício na superior instância.

Aliás, é exatamente a preservação da ampla defesa que reforça a impossibilidade de a autoridade coatora ser tida como legitimada passiva ou representante da pessoa jurídica. O raciocínio é simples. Pensar que a autoridade coatora é a legitimada exclusiva ou em litisconsórcio, ou, ainda, que ela representa judicialmente a pessoa jurídica (então legitimada), levaria à conclusão de que nesse momento, em qualquer hipótese, ela, autoridade, estaria defendendo uma posição jurídica, sua ou da representada. Nesse caso, porque se estaria fundado em raciocínio típico de Processo Civil, sua manifestação, chamada de informações, corresponderia à contestação. Pois bem, não há como deixar de atribuir a essa peça o mesmo efeito processual, ou seja, fixar os pontos controvertidos da demanda, fazendo com que todos os argumentos não contrapostos se tornassem incontrovertidos e incapazes de ser novamente discutidos por ocasião da lide recursal. Assim, não teria a pessoa jurídica, legitimada então para o recurso, a possibilidade de tratar da matéria que não fosse “contestada” pela autoridade coatora. Como nada disso acontece, a pessoa jurídica tem íntegro o seu direito de ampla defesa no momento recursal, sem que isso possa violar qualquer direito. Até do ponto de vista do manejo prático do Mandado de Segurança, é possível afirmar-se o acerto da lei.

Embora não tenha o Supremo Tribunal Federal ainda afirmado claramente o mesmo entendimento esposado nesta tese, até porque não está correto afirmar que não há litígio, a seguinte decisão abre enorme espaço de sustentação para afirmar o acerto do raciocínio até agora apresentado:

“*Mandado de segurança* – Desistência – Desnecessidade de consentimento do impetrado – Ação que visa exclusivamente invalidar o ato de autoridade lesivo ao direito líquido e certo, não havendo litígio entre direitos contrapostos – Declaração de votos”.<sup>481</sup>

Mas é também de outro ponto de vista prático, agora visto da ótica da cidadania, que a opção legal se torna ainda mais expressiva. Mesmo que já haja uma expressiva corrente jurisprudencial contrária, é possível ainda se encontrar, com alguma frequência, entendimento como o seguinte:

“No mandado de segurança, a autoridade apontada como coatora integra a relação processual. Indicação errônea repercute em condições da ação – Ilegitimidade passiva *ad causam* – O impetrante, por isso, é carecedor do direito da ação”.<sup>482</sup>

Ora, esse tipo de decisão não está em acordo com o procedimento do Mandado de Segurança, posto que, em não sendo a autoridade coatora legitimada passiva e representando sua participação no processo um momento meramente administrativo, não há se falar em condições da ação (instituto questionável até mesmo para o Processo Civil, como já suficientemente demonstrado no capítulo anterior), como jamais é possível afirmar-se em qualquer Ação Constitucional, devendo o Juiz, por isso mesmo, sempre adotar de ofício as providências necessárias para identificar e notificar tal autoridade. Quando, em razão da autoridade, houver modificação da competência, deve o juiz providenciar de ofício o encaminhamento do procedimento

---

<sup>481</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 108.992-0, do Paraná. Relator: Ministro Paulo Brosard. *Revista dos Tribunais*, n. 673, ano 80, p. 218, nov. 1991.

<sup>482</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 302, do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro. *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, n. 1, ano 1, p. 147, set. 1989.

para o juízo competente e neste, também de ofício, ser determinada a correta notificação.

Vindo a ocorrer, somente para argumentar, a remota hipótese de não ser possível determinar-se sobre a correta autoridade apta a fornecer as informações, o que terá ocorrido é falta de pressuposto de desenvolvimento válido do processo – pois a notificação é um pressuposto dessa natureza – e nunca falta de condição para a ação.

Assim, tratar o Mandado de Segurança de forma correta, como Ação Constitucional, que necessita, por isso mesmo, uma teoria geral própria, desligada da idéia de que se trata de instituto do Processo Civil, dará a este instrumento processual a possibilidade de uma melhor tutela dos direitos para os quais está vocacionado.

#### **4 Mandado de Segurança Coletivo**

Propositadamente repetitivo, também para o Mandado de Segurança Coletivo se deve afirmar que a falta de um estudo desvinculado do Processo Civil e fundado em uma teoria geral específica para as Ações Constitucionais tem causado uma profunda perda de sua potencialidade e impedido uma aplicabilidade prática mais eficaz. Evidentemente, como já ficou claro no trato dos demais instrumentos de tutela de interesses difusos anteriormente estudados, o que se faz aqui é uma mera demonstração do enunciado central da tese, abordando, para tanto, somente a questão da legitimação ativa.

Ao estabelecer no inciso LXX do artigo 5º da CRFB/88 que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação

legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, o legislador constitucional criou e inseriu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova Ação Constitucional. O fato de ser objetivo da ação, como no Mandado de Segurança de cunho individual, sindicat ato de autoridade eivado de ilegalidade ou abuso de poder e, por isso, lesivo a interesse de cidadãos, tem levado a que erroneamente se atribua a essa nova ação o caráter de uma mera modificação no pólo ativo do instrumento de defesa individual. Esse equívoco poderia ser assinalado com o estudo, por exemplo, do objeto de um e de outro. No entanto, parece preferível e mais consentâneo com o objeto da tese, demonstrar-se o afirmado erro de perspectiva com a análise do instituto da legitimação ativa, especialmente porque se trata de instituto que permite uma abordagem mais abrangente.

Antes de adentrar propriamente no tema, é preciso afastar de plano o pretendido erro atribuído por J. M. Othon Sidou<sup>483</sup> ao legislador constitucional por não ter distinguido direito de interesse, ao dispor que o Mandado de Segurança Coletivo é instrumento destinado à defesa dos interesses dos membros ou associados da pessoa jurídica referida na alínea “b” antes transcrita. Já ficou dito em outro lugar que essa separação entre direito e interesses perdeu totalmente sua razão de ser quando enunciados direitos outros que não aqueles característicos de ordenamentos jurídicos de cunho individualista ou, em outra denominação, direitos meramente interindividuais.<sup>484</sup> Assim, não ocorreu uma “palmar cincada” decorrente de um “lapso

---

<sup>483</sup> SIDOU, J. M. Othon. *“Habeas data”, mandado de injunção, “habeas corpus”, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 396.

<sup>484</sup> Ver item 2 do capítulo 3.

de memória do legislador constituinte”, como quer o doutrinador, mas uma atuação legislativa contemporânea.

Aliás, a opinião de J. M. Othon Sidou é demonstrativa de que é exatamente a falta de percepção de que as Ações Constitucionais são instrumentos outros que não obedecem à lógica dos instrumentos processuais de cunho interindividual, que servem para defesa de outros direitos que não aqueles para os quais está vocacionada a tutela do Processo Civil, que complicam a operação daquelas. Seguindo a mesma senda de raciocínio, esse mesmo o autor é mais enfático ao atribuir ao constituinte um vexame de elaborar uma Constituição muito grande, fruto “[...] do renitente propósito de elevar-se a cânone constitucional preceitos que bem se acomodariam, sem perigo de arbítrio ou distorções, no âmbito da legislação ordinária”.<sup>485</sup> Esse tipo de visão tem gerado dois grandes problemas que dificultam o entendimento da legitimação ativa no Mandado de Segurança Coletivo.

É quase que generalizada a opinião entre os autores de que a norma presente no inciso LXX do artigo 5º, tantas vezes citado, serve como reforço do que já está expresso no inciso XXI do mesmo artigo, com a finalidade somente de evitar interpretação restritiva deste último, impedindo o manejo do Mandado de Segurança Coletivo pelos legitimados apontados nessa espécie de instrumento processual. Nesse sentido, veja-se a seguinte lição de José da Silva Pacheco:

“Assim, embora o disposto no art. 5º, XXI, já os autorizasse a fazê-lo, quis a Constituição evitar as discussões, que ocorriam antes, tentando restringir a representação perante órgãos judiciários específicos. Desse modo, deixou explícito no art. 5º, LXX, a possibilidade de mandado de segurança coletivo, impetrado pelos partidos políticos, sindicatos, associações de classe ou associações de bairro, de

---

<sup>485</sup> SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 395.



cidade, de defesa do consumidor, de defesa da ecologia etc..., em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.<sup>486</sup>

Na verdade, não é esta a melhor interpretação. Trata-se de normas que possuem conteúdos completamente diversos. A primeira norma trata de legitimação para direitos de cunho interindividual por meio do instituto da substituição processual. A segunda trata de um instrumento processual próprio para a defesa de direitos (ou interesses) coletivos. Tanto é assim que no caso previsto no inciso XXI necessário se faz a autorização (“quando expressamente autorizadas”), pelos seus filiados, para a representação judicial.

É preciso abrir um parêntese para deixar consignado que o Mandado de Segurança Coletivo não se confunde com o Mandado de Segurança de cunho individual, previsto no inciso LXIX, e essa distinção fica evidente no estudo do objeto de ambos os institutos, mas não será esse, como afirmado anteriormente, o objeto de análise no presente texto em razão da limitação de tempo e de conteúdo. O que se pode afirmar, contudo, é que o primeiro não contém uma mera ampliação na legitimidade ativa do segundo, uma vez que se trata de um outro instrumento.

No entanto, novamente, como ocorre com relação à Ação Civil Pública, tratada acima, o principal problema para entender o Mandado de Segurança Coletivo em toda a sua extensão está no errôneo entendimento de que os legitimados arrolados na norma

---

<sup>486</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 251.

constitucional são substitutos processuais das pessoas físicas individuais que possuam direitos a serem tutelados por esse instituto processual.<sup>487</sup>

Na verdade, pelos mesmos motivos que já foram suficientemente demonstrados ao tratar daquela ação, a legitimação das pessoas jurídicas arroladas no inciso LXX do artigo 5º da CRFB/88 não é legitimação extraordinária (e, por conseqüência, também não é ordinária), mas legitimação legal, decorrente de norma constitucional, para a defesa de direitos coletivos dos membros ou associados ou, ainda, filiados.

Mais uma vez, não se trata de mera pretensão acadêmica visando a infirmar uma corrente sedimentada entre a maioria significativa dos processualistas e até mesmo de alguns constitucionalistas. O que ocorre é que importantes efeitos práticos decorrem dessa mudança de postura diante do instrumento ora em análise.

Um desses efeitos verifica-se na concepção de que a legitimação para a propositura do Mandado de Segurança Coletivo é extraordinária, o que leva a entendimentos como o de Celso Bastos e Ives Gandra Martins:

“Observe-se, no entanto, que essas entidades devem satisfazer o requisito do inc. XXI, que regula o acesso ao Judiciário das associações em geral e para qualquer sorte de medida jurisdicional. Lá exige-se autorização. Ora, não pode este caso sob estudo, muito mais específico e restrito que o anterior, dispensar tal sorte de circunstância”.<sup>488</sup>

Também a jurisprudência, em alguns momentos, adotou este mesmo entendimento, como se verifica, somente como exemplo, no seguinte acórdão do antigo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

---

<sup>487</sup> Neste sentido o entendimento, exemplificativamente, de SIDOU, J. M. Othon, “*Habeas Data*”..., p. 401; MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 15; PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 259; SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 213.

<sup>488</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 353. (Vol 2).

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – Entidade associativa – Impetração em nome dos associados – Necessidade de expressa autorização de cada um seja a constante dos respectivos estatutos ou aquela deliberada por assembléia-geral especialmente convocada para esse fim – Falta que implica carência da ação por ilegitimidade ‘ad causam’ – Aplicação do art. 5º, XXI da CF.

A teor do art. 5º, XXI, da Carta Maior de 1988, para pleitear em juízo em nome de seus filiados, as entidades associativas não de ter expressa autorização. Autorização que pode constar dos respectivos estatutos ou específica, da assembléia-geral, para determinada ação. Não a apresentando a entidade associativa, falecer-lhe-á legitimidade para pleitear judicialmente em nome dos filiados”.<sup>489</sup>

Não há qualquer necessidade de autorização para que qualquer daqueles que receberam a legitimação constitucional defendam os interesses dos seus membros, associados ou filiados. Trata-se, insista-se, de legitimação legal e que não corresponde aos conceitos de legitimação aplicáveis aos instrumentos processuais que se destinam à defesa de direitos interindividuais.

Um outro efeito prático é o de que a pessoa jurídica legitimada para o manejo do instrumento processual constitucional em análise não precisa declinar o nome dos beneficiários, bastando somente que cada um se identifique como tal no momento do cumprimento da ordem judicial que eventualmente o beneficie. A identificação na inicial somente se justificaria se verdadeiro o raciocínio acima refutado, uma vez que seria preciso verificar se aqueles que autorizaram a propositura da ação seriam efetivamente os beneficiários em tese. Não fazer-se essa diferença cria uma restrição descabida ao instrumento processual, como ocorre na seguinte decisão, igualmente exemplificativa, do Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>489</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Apelação n. 190083980. Relator: Juiz Osvaldo Stefanello. *Revista dos Tribunais*, n. 668, p. 159.

“PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - IMPETRAÇÃO - SINDICATO - ROL DOS ASSOCIADOS E BENEFICIÁRIOS - NECESSIDADE. Em mandado de segurança requerido por sindicato de classe é imprescindível a delimitação, na inicial, de quais e quantos associados serão beneficiados pela concessão da ordem, por tratar-se de defesa de direitos coletivos. Processo extinto”.<sup>490</sup>

Mais uma vez fica evidente que tratar qualquer das Ações Constitucionais com os olhos voltados para o Processo Civil limita de forma considerável o manejo dos instrumentos processuais que se destinam à tutela de direitos que se inserem em outra ordem que não a daqueles para os quais se destina este último.

## 5 Habeas Data

O *Habeas Data* pode parecer o instrumento mais singelo dentre as Ações Constitucionais, especialmente se se levar em consideração o tratamento legislativo que recebeu, quase dez anos após seu surgimento no ordenamento Constitucional.<sup>491</sup> No entanto, especialmente para o que se pretende demonstrar no presente trabalho, ele é extremamente importante e, até se poderia dizer, estratégico, pois ajuda a demonstrar muitas das afirmações feitas desde o início.

Em primeiro lugar, não há como ignorar que o *Habeas Data* é vocacionado para a defesa de direitos que somente se manifestaram recentemente, isto é, que sequer poderiam ser pensados antes do advento da utilização massiva da informação e que diz respeito a um interesse de cunho individual: a intimidade. Já ficou dito anteriormente, mas não custa reforçar, que há sempre uma aparente sensação de que, quando se fala

---

<sup>490</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 03203-5. Relator: Ministro Garcia Vieira. *Diário da Justiça*, p. 00033, 29 out. 1999.

<sup>491</sup> Lei n° 9.507, de 12 de novembro de 1997.

em “novos” direitos, se está referindo a direitos coletivos (em sua acepção ampla), mas na realidade há direitos de cunho individual que são até mais “novos” que aqueles, e, entre eles, se insere exatamente o direito à intimidade.

Porém, o que parece mais importante demonstrar – e, mais do que tudo, esse o motivo que impulsionou a elaboração da tese – é que a grande dificuldade de sedimentação e de operação das Ações Constitucionais se encontra na postura dos juristas tradicionais no trato desses instrumentos, fruto da incompreensão que leva a que estejam sempre lendo a realidade atual com uma âncora intelectual lançada no passado e nos conceitos de então.

Muito antes de construir um raciocínio no sentido de garantir uma efetividade ao *Habeas Data*, não foram poucos os autores que se preocuparam em depreciar o novo instituto que surgia. Evidentemente que não se pode atribuir tal postura a um ataque meramente gratuito a um instrumento importante para a cidadania, mas trata-se, claramente, de uma falta de compreensão decorrente da perda de sentido da realidade vivenciada pelo hábito de encontrar na mesma raiz dos direitos de cunho interindividual a daqueles que foram denominados de “novos” direitos no capítulo anterior.

Foi exatamente o que aconteceu, por exemplo, com Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, que iniciam o estudo do *Habeas Data* afirmando tratar-se de “inovação redundante e desnecessária”, afirmando que a proteção que se insere no âmbito desse instrumento estava perfeitamente contemplada no Mandado de

Segurança.<sup>492</sup> J. M. Othon Sidou taxa-o, então, novo procedimento de modismo do legislador.<sup>493</sup> Após citar críticas que trilham a mesma senda, Paulo Lúcio Nogueira faz a seguinte reflexão:

“Esses críticos não deixam de ter certa razão, pois não adianta criar novidades ou fazer inovações que não tenham a devida utilidade. Temos o costume de fazer leis ou copiar estrangeirismos que não se adaptam às nossas condições e à nossa realidade, figurando apenas como avanços no aprimoramento das leis, ainda que não tenham a devida aplicação.

Aliás, a Constituição vigente está repleta de conquistas, inclusive de remédios ou garantias constitucionais novas e antigas que, na prática, não têm sido devidamente usadas pela ignorância popular ou rejeição dos próprios órgãos encarregados de aplicá-las, os quais, por sua morosidade (dois anos para julgar um mandado de segurança), tem levado o povo ao descrédito de sua justiça.

Mais importante do que fazer uma lei adiantada deve ser sua aplicação no país, sob pena de desmoralização. E para tanto deve haver verdadeira sintonia entre sua apresentação, aprovação e cumprimento, o que não tem ocorrido com várias leis vigentes (Estatuto da Criança, Lei de Execução Penal)”<sup>494</sup>

Talvez a crítica acima pudesse ser devolvida aos doutrinadores que, mais preocupados em buscar a âncora intelectual de que se falou antes, perdem a chance de contribuir com a cidadania buscando construir instrumentos de tutela que garantam interesses que surgem a cada novo momento, fruto da nova realidade social e jurídica. Efetivamente, não basta a edição da lei ou que esta traga inovações; é preciso uma efetiva aplicação, que a doutrina tem o dever de ajudar a realizar e não continuar sustentando a “ignorância” ou a “rejeição”, enunciadas pelo próprio autor no texto acima transcrito.

Vários são os aspectos que poderiam ser salientados neste momento para demonstrar que outra poderia ser a condição do *Habeas Data* se diversa fosse a

---

<sup>492</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 171.

<sup>493</sup> SIDOU, J. M. Othon, “*Habeas Data*”..., p. 432.

<sup>494</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 28-29.

postura dos operadores jurídicos. No entanto, a questão do requerimento administrativo prévio exigido como pressuposto para o manejo judicial do instrumento parece ser o ponto que demonstra mais claramente o enunciado principal da tese, especialmente porque consagrado na Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, que regulamenta o instituto.

Mesmo antes do advento da lei acima referida, a jurisprudência já vinha firmando o entendimento de que seria necessário o requerimento administrativo prévio como condição para o ingresso em juízo com o pedido de *Habeas Data*. A súmula nº 2 do Superior Tribunal de Justiça, anterior à lei, já estabelecia: “Não cabe o habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.<sup>495</sup> Veja-se, no entanto, o entendimento que fundamentou os acórdãos que levaram à edição da referida súmula:

“‘HABEAS DATA’ - Impetração sem prévia provocação da autoridade administrativa competente – Inadmissibilidade – Interesse de agir inexistente – Declarações de votos vencedor e vencidos.

*Habeas data*. Ausência de postulação administrativa.

1. Ante a ausência de pleito administrativo, suficiente para configurar relutância da administração a atender o pedido, sofre o *habeas data* de ‘ausência do interesse de agir’.

2. Pedido não conhecido”.<sup>496</sup>

“‘HABEAS DATA’ - Impetração não precedida de requerimento na esfera administrativa – Interesse de agir inexistente – Não conhecimento – Declarações de votos vencidos e vencedores.

*Habeas data*. Conhecimento. O *habeas data* é ação constitucional. Submete-se, por isso, às respectivas condições, entre as quais o interesse de agir. Processualmente, significa necessidade de ingresso em juízo, dada a resistência da contraparte. Faltar, entretanto, essa condição se quem deveria prestar as informações ou promover a

---

<sup>495</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 2. 8 de maio de 1990. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 16, p. 25, maio 1990.

<sup>496</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Data n. 2. Relator: Ministro Pedro Aciole. 8 de agosto de 1989. *Diário Oficial*, 4 set. 1989.

retificação de dados não as negou, porque nada lhe fora requerido. Inexiste, pois, lesão ao direito do impetrante”.<sup>497</sup>

Alguns doutrinadores também entenderam no mesmo sentido da jurisprudência, como o fez José Cretella Júnior:

“Nessas condições, deveria ter o legislador constituinte – e deverá isso constar de futura norma regulamentadora – obrigado o impetrante a recorrer, primeiro, à via administrativa, depois ao Judiciário, para evitar que a alta missão do órgão judicial que a de aplicar a lei, exigindo a prestação jurisdicional a quem de direito se “*minimize*”, ficando a Justiça encarregada, nestes casos, de mero instrumento de ‘solicitador de informações’ a entidades governamentais ou de caráter público”.<sup>498</sup>

A doutrina, é bem verdade, em sua grande maioria, firmou posição contrária a essa exigência, alegando, no entanto, muito mais com questões de ordem prática do que com fundamentos de juridicidade, com exceção de J. M. Othon Sidou, que tece considerações jurídicas,<sup>499</sup> mas não foi suficiente para impedir que o legislador infraconstitucional inserisse na Lei nº 9.507/97 a exigência ora em análise, como determinam as seguintes normas:

“Art. 2º. O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas

Art. 8º [...]

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

- I- da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;
- II- da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou
- III- da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão”.

---

<sup>497</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Data* n. 4. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro. 13 de junho de 1989. *Diário da Justiça*, 28 ago. 1989.

<sup>498</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 119.

<sup>499</sup> SIDOU, J. M. Othon, “*Habeas Data*”..., p. 440-442.



O que ocorreu, então, foi mais uma vez uma dissonância entre a realidade do direito a ser tutelado pelo instrumento processual de ordem constitucional e o tratamento dado a esse instrumento com a ótica de um instrumento processual destinado a outra ordem de tutela, o Processo Civil.

No capítulo III, propositadamente longo nesse ponto, ficou demonstrado que os institutos aplicáveis ao Processo Civil não podem ser utilizados no âmbito dos Processos Constitucionais. Citou-se, ainda que de passagem, que as condições para a ação não se justificam nem mesmo no âmbito do Processo Civil, mas que, com muito mais razão, elas não podem operar no âmbito das Ações Constitucionais, porque as chamadas condições da ação são resquícios da concepção do direito da ação como direito concreto de agir, o que é incompatível com as formulações do direito constitucional.

Na verdade, o que a lei terminou criando foi uma condição de procedibilidade em desacordo com a ordem constitucional. Veja-se que a Constituição de 1988, no inciso XXXV de seu artigo 5º, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não estabelecendo e nem autorizando o estabelecimento de qualquer condição para o exercício da provocação ao Poder Judiciário na busca da tutela de lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito. Não repetiu a Constituição vigente a mesma norma do artigo 153 da Constituição de 1967, modificada pela Emenda nº 7, de 1977, que assim dispunha em seu § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias

administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e vinte dias para a decisão sobre o pedido”.

Muito mais do que mero desvirtuamento do *Habeas Data* “enquanto garantia constitucional célere, característica de todas as garantias fundamentais”, no dizer de J. M. Othon Sidou,<sup>500</sup> a lei, seguindo o entendimento consagrado nas decisões a na Súmula do Superior Tribunal de Justiça, contém uma evidente eiva de inconstitucionalidade.

Do ponto de vista da operação cotidiana do instrumento ora em enfoque, o que se pode perceber é que o rito adotado pela lei desatendeu à celeridade e negou, em desacordo com a Constituição, repita-se, o acesso imediato ao Poder Judiciário ao cidadão que pretenda conhecer ou retificar seus dados em registro ou em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, nos termos da norma constitucional. Mais grave a situação quando alguém pretende conhecer seus dados e, após o conhecimento e até em razão dele, pretende retificá-los. Nesse caso, segundo o procedimento adotado pela lei, terá ele que efetuar dois requerimentos administrativos – um de cognição e, posteriormente, um de retificação – e não terá outra possibilidade que não a de propor dois *Habeas Data* – com as mesmas finalidades antes referidas – se não atendido seu pleito administrativo.

O argumento que se pretende reforçar é o de que foi, sim, o entendimento equivocado e desfocado da realidade oriundo da jurisprudência e de alguma parcela da doutrina que levou a que um instrumento tão importante para a defesa da cidadania,

---

<sup>500</sup> SIDOU, J. M. Othon, “*Habeas Data*”..., p. 442.

uma vez que protetivo da intimidade, encontrasse um limitador que lhe retirasse parte de sua potencialidade, o que vem mais uma vez confirmar a idéia central da tese.

## 6 Mandado de Injunção

Seguramente, o instrumento de tutela de direitos e garantias inerentes à cidadania mais importante e potencialmente poderoso que o legislador constitucional inseriu no ordenamento jurídico brasileiro em 1988 foi o Mandado de Injunção. A finalidade da criação desse instituto foi a de superar o grave problema da falta de efetividade das normas constitucionais, decorrente da reiterada omissão legislativa.<sup>501</sup>

No dizer de José Afonso da Silva, “sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas inertes em virtude de ausência de regulamentação”.<sup>502</sup> Estudando o Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Silvio Dobrowolski afirma:

“No Brasil, a experiência das Constituições de 1946 e de 1967 mostrou-se infeliz, com o total desatendimento aos preceitos desprovidos de eficácia plena, mormente aqueles ligados ao constitucionalismo social. É clássico o exemplo da participação dos empregados nos lucros das empresas, da Carta de 1946, que permaneceu como letra morta.

[...]

O constituinte de 1988 atentou para o problema, e buscou institucionalizar meios jurisdicionais para obviar, conforme possível, a omissão dos órgãos estatais, nos aspectos referidos”.<sup>503</sup>

---

<sup>501</sup> Ainda que praticamente todos os doutrinadores que trataram do Mandado de Injunção tenham salientado que o seu nome tem origem no direito anglo-saxão, também é certo que todos alertam que muito pouco possuem tais instrumentos em comum, pelo que não é incorreto atribuir sua criação ao legislador pátrio.

<sup>502</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo..., p. 426.

<sup>503</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. *Revista dos Tribunais*, n. 643, maio 1989, p. 17.

No entanto, também é certo afirmar que foi exatamente o Mandado de Injunção a Ação Constitucional que obteve, pelo menos até agora, a menor eficácia e, em consequência, a que gerou a maior frustração pela falta de cumprimento de seu desiderato. Evidentemente que, também em relação a esse instrumento, o problema não está na estrutura ou na disciplina jurídica, mas no manejo por parte dos operadores jurídicos. Mais uma vez, a operação de um instituto novo sob a ótica de esquemas conceituais de Processo Civil terminou por restringir a potencialidade de tutela daquele. No entanto, mais grave se tornou a situação no caso do instrumento ora em análise, porque ele ficou ainda mais diminuído em sua atuação em razão de conceitos ligados à teoria do Estado. Foi exatamente por isso que no capítulo 3 foi inserido um tópico para tratar sobre “a divisão das funções do Poder do Estado”. Agora é o momento de demonstrar, concretamente, o desacordo do pensamento tradicional com a realidade do Estado da atualidade. Essa desarmonia fica evidente quando se analisa o entendimento que tem sido adotado pela maioria da doutrina e da jurisprudência sobre o conteúdo da prestação jurisdicional, ou seja, do provimento a ser entregue pelo Poder Judiciário ao reconhecer a ausência de norma regulamentadora, que deu ensejo ao pedido de injunção.

Considerada por todos os autores a questão mais importante e mais tormentosa suscitada pelo estudo do Mandado de Injunção – a que se refere ao conteúdo do pedido, e, em consequência, da decisão – a maioria agrupa em três posições diversas os entendimentos que pretendem resolvê-la: 1ª) o próprio Judiciário edita a norma regulamentadora faltante; 2ª) o Judiciário somente dará o provimento para regulamentar o caso concreto, ou seja, para aquele que demanda buscando tal

provimento; 3ª) o Judiciário deve determinar ao órgão omissor que baixe a norma regulamentadora, ou estabelece as condições para a satisfação direta do direito reclamado e o faz determinando imperativamente.<sup>504</sup> No entanto, José da Silva Pacheco encontra cinco orientações interpretativas possíveis e que, efetivamente, são identificáveis na doutrina e na jurisprudência:

“A) a primeira considera que a ação de mandado de injunção e a respectiva sentença favorável visariam criar a norma legal omissa, substituindo, desse modo, a atividade do órgão competente para fazê-lo;

B) a segunda enfoca a ação e a sentença como tendo em vista obter a ordem ou mandamento ao órgão competente para baixar a norma, inclusive o Legislativo, a fim de que elabore ou baixe o ato regulamentador;

C) a terceira focaliza o mandado de injunção como propiciatório da sentença declaratória da omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum;

D) a quarta vê o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão no sentido reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do direito;

E) a quinta hipótese combina a segunda e a quarta, que não se repelem entre si, ensejando que o órgão competente, que não se resume no Legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente de que se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação”.<sup>505</sup>

Diante de tantas possibilidades, no entanto, ainda não atingiu o Mandado de Injunção sua finalidade principal, a de garantir a efetividade das normas constitucionais. A grande perda de potencialidade do Mandado de Injunção pode ser debitada ao posicionamento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal – exatamente a Corte Constitucional, que tem o dever de velar pela efetividade das normas da Constituição da República. Sérgio Reginaldo Bacha efetuou levantamento

---

<sup>504</sup> Ver, entre outros, NOGUEIRA, Paulo Lúcio, op. cit., p. 87; STRECK, Lenio Luiz. *O mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 55-56; BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., p. 357-360.

<sup>505</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 290.

dos julgamentos procedidos pelo Supremo Tribunal Federal e identificou neles cinco momentos distintos:

“1) O de assemelhá-lo e dar-lhe o mesmo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para a apenas e tão-somente dar ciência ao Poder competente, da omissão de medida que torne efetiva norma constitucional, e, se se tratar de órgão administrativo, determinar que adote as providências necessárias no prazo de 30 (trinta) dias: MI 107, 168 e 183...;

2) O de declarar em mora o Congresso Nacional, e cometendo-o o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que adotasse as providências legislativas, com vistas a legislar a fim de regulamentar norma constitucional carente de disciplina infraconstitucional. E se, decorrido o lapso temporal *in albis*, o impetrante do mandado de injunção [...], imediatamente passaria a exercer aquilo que até então o estava obstado: MI 232...;

3) O declarar em mora o Legislador (Congresso Nacional), e comunicá-lo de que estaria assinado a ele o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, mais 15 (quinze) para a sanção presidencial, para que ultimassem o processo legislativo da lei reclamada, que regulamentasse norma constitucional disciplinadora de direitos. Caso não fossem tomadas as providências cabíveis nos prazos assinados, ficaria reconhecida ao impetrante do mandado de injunção a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida pelas perdas e danos que se arbitrassem: MI 283 e 447...;

4) O de configurar em mora o Congresso Nacional, e comunicar o Poder Legislativo de que tem o prazo de 120 (cento e vinte) dias para ultimar o processo legislativo, destinado a regulamentar a norma constitucional carente. Dissidência do Ministro Sepúlveda Pertence, pela não assinatura de qualquer prazo, pois, se a providência não fosse adotada, não haveria o que fazer: MI 361...;

5) Neste momento, não obstante o deferimento em parte dos pedidos nos MI 211 e 469, mais dois Mins., os Srs. Célio Borja e Néri da Silveira, aderiram à tese de longa data defendida pelos Mins. Carlos Velloso e Marco Aurélio, de que o comando de injunção se presta a tornar concreto, direito *in abstracto* insculpido na Constituição Federal, com a formulação *in concreto* de norma para o caso *sub judice*”.<sup>506</sup>

O que se verifica, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal limitou excessivamente o Mandado de Injunção e abdicou de um poder que lhe foi conferido pelo legislador constituinte.

---

<sup>506</sup> BACHA, Sérgio Reginaldo. A evolução do mandado de injunção na suprema cômte brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas*. vol. 20, jul. 1997, p. 126-127.

A doutrina tem criticado, com razão e de forma insistente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, posto que, em que pesem os entendimentos dos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, desde o início, e, posteriormente, dos Ministros Célio Borges e Néri da Silveira, as decisões desse Tribunal não têm garantido a efetividade das normas constitucionais, descumprindo, assim, a finalidade do instituto em análise.

De forma majoritária, quase que com foros de unanimidade, a doutrina tem entendido que o provimento jurisdicional deve ser o da edição de norma regulamentadora para o caso concreto submetido ao Poder Judiciário. Nesse sentido, somente de forma exemplificativa, encontra-se a opinião de Lenio Streck, José Afonso da Silva, Carlos Augusto Alcântara Machado, Rogério Lauria Tucci, José Rogério Cruz e Tucci, Sérgio Reginaldo Bacha e Nagib Slaibi Filho.<sup>507</sup> Também seguem a mesma senda José da Silva Pacheco e Hely Lopes Meirelles,<sup>508</sup> embora estes admitam a possibilidade de determinação ao Poder omissivo que edite a norma, como uma alternativa ao comando adotado pelos doutrinadores antes citados. Celso Ribeiro Bastos entende, por outro lado, que “a solução para o problema há de se obter conferindo ao magistrado a possibilidade de em cada caso escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante”. Logo a seguir, diz, em reforço a esse entendimento, que “a solução há de ser, como vimos, adaptada ao caso concreto, sempre muito variável porque também variável é o tipo de integração

---

<sup>507</sup> STRECK, Lenio, op. cit., p. 67; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 428; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 122; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 155-156; BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 84.; SLAIBI FILHO, Nagib, op. cit., p. 221.

<sup>508</sup> Ver PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 295; MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 137.

que se requer”.<sup>509</sup> Por fim, é de se levar em consideração a opinião isolada mas importante de Luís Roberto Barroso que, verificando que “o mandado de injunção não atendeu, de modo significativo, às expectativas criadas com sua introdução”, pretende uma reformulação no ordenamento constitucional para reconhecer, desde logo, a aplicação direta e imediata de todas as normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais, ficando estabelecido que, na falta de norma regulamentadora, o juiz competente formulará a regra que regerá o caso submetido à sua apreciação.<sup>510</sup> Não há como negar que esse entendimento está em perfeita sintonia com o pensamento da primeira corrente de autores citados.

Um ponto, no entanto, congrega a doutrina dos autores nominados, e mesmo daqueles que não foram expressamente citados acima e que comungam do mesmo entendimento: a afirmação de que é impossível sustentar a orientação de que o Mandado de Injunção possa ser o instrumento capaz de dar ao Poder Judiciário a possibilidade de estabelecer a norma faltante, porque, dizem, não pode este Poder substituir o Poder Legislativo. Na síntese de José da Silva Pacheco: “ao Judiciário descabe fazer normas gerais ou legislar”.<sup>511</sup>

Ocorre, no entanto, que tal afirmação decorre de uma desatualizada concepção sobre a chamada “Separação de Poderes do Estado”, mais modernamente denominada de “Separação das Funções do Poder do Estado”, tratada no capítulo 3. Aliás, ainda que não tenha chegado a outra conclusão, como já referido acima, Sérgio Reginaldo Bacha tem razão ao identificar que, “entre as funções secundárias dos chamados

---

<sup>509</sup> BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra, op. cit., p. 358-359.

<sup>510</sup> BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção – o que foi sem nunca ter sido – uma proposta de reformulação. *Revista de Processo*, v. 89, jan. 1998, p. 57-61.

<sup>511</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 291.



poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, há ‘desvios’ de competências. O Legislativo julga e executa (art. 49, IX e XIII); o Executivo legisla e julga (art. 84, IV e XXVI); e o Judiciário legisla e executa (art. 93 *caput* e art. 96, I b)”.<sup>512</sup>

Sabidamente, como o fez nas hipóteses arroladas na citação acima, o Poder Constituinte pode, sim, atribuir funções que são, em regra, atribuídas a um dos Poderes, em situação excepcional, a outro desses Poderes. Isso não infirma, no caso brasileiro que está sob enfoque, a regra constante no artigo 2º da CRFB/88. Esse artigo estabelece a regra geral de separação das atribuições, mas essa regra não é absoluta, porque o próprio legislador constitucional determina situações que limitam o absolutismo pretendido pelos autores citados e por outros tantos estudiosos de Teoria do Direito e de Teoria do Estado. O Mandado de Injunção se insere entre essas situações excepcionais: na falta do exercício do poder-dever que, obedecendo à regra geral, é atribuído ao Poder Legislativo, a ordem constitucional transfere o mesmo poder-dever ao Poder Judiciário, para que ele, guardião máximo da Constituição, garanta a efetividade das normas garantidoras de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O que é importante ficar fixado neste momento é a possibilidade de expedição de norma ao caso concreto. Nem sempre será esse o conteúdo da decisão, mas em alguns casos, e não serão poucos, este deverá ser o provimento adequado. Em parte, é de concordar-se com a opinião de Celso Bastos, quando afirma, como já transcrito acima, que ao magistrado cabe escolher o tipo de solução que melhor atenda aos

---

<sup>512</sup> BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado...*, p. 82.

interesses do impetrante, uma vez que é variável a integração pretendida.<sup>513</sup> No entanto, embora o mesmo autor considere absurda a hipótese da expedição de norma, com caráter genérico, como fazem todos os demais autores antes referidos, o melhor entendimento é o de que também essa solução, em determinados casos, pode ser aquela que melhor atenda aos interesses não somente do impetrante, mas da finalidade principal do Mandado de Injunção, que é a de garantir a efetividade das normas constitucionais. Aliás, essa a finalidade que interessa à Sociedade Civil e, por óbvio, à cidadania.

Com a finalidade de exemplificação, toma-se de empréstimo a seguinte situação apresentada por Luís Roberto Barroso:

“Tome-se o inciso XXVI do art. 5º da Constituição, cuja dicção é a que se segue: ‘XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento’.

Pois bem: supondo-se inexistir esta lei definindo ‘pequena propriedade rural’, que medida poderia tomar o pequeno proprietário que quisesse impedir a penhora de sua propriedade? Pela orientação do STF, poderia requerer um mandado de injunção, perante a mais Alta Corte, para que fosse dada ciência ao Congresso da omissão. Pelo entendimento da maior parte da doutrina, caberia mandado de injunção, também ao STF, no qual se pediria àquela Corte que definisse, para o caso concreto, o sentido de ‘pequena propriedade rural’”.<sup>514</sup>

Pela proposta do mesmo autor, “caberia ao juiz da causa esta definição”. O que se verifica, no entanto, da proposta de Emenda Constitucional que ele apresenta, é a necessidade de uma instauração de um processo de partes, ou seja, a jurisdição ainda assim se daria para o caso concreto.

---

<sup>513</sup> Ver citação acima, neste mesmo item.

<sup>514</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 60.

Ora, nem mesmo na solução apresentada por Luís Roberto Barroso é possível encontrar o melhor atendimento aos objetivos do Mandado de Injunção, posto que não existe nenhuma lógica em que, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal defina o sentido de “pequena propriedade rural”, dando efetividade à norma constitucional, e essa mesma definição tenha que ser oferecida caso a caso, deixando de estender-se para um número expressivo de cidadãos que se encontram na mesma situação, somente para garantir uma pretensa separação das funções atribuídas aos chamados Poderes do Estado, que se encontra totalmente em desacordo com a realidade do Estado vivenciada nos presentes dias.

Mais uma vez, demonstrada a hipótese de que não faltam bons e modernos instrumentos de tutela para a garantia de direitos ou interesses que se manifestam na atualidade, o que lhes falta é eficácia em razão da falta de avanço dos operadores jurídicos.

## **7 Ação Popular**

A Ação Popular, que é o instrumento constitucional colocado à disposição de todo cidadão para a defesa do patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, conforme dispõe o inciso LXXIII, da Constituição da República, tendo em vista o tempo que se encontra expresso no direito brasileiro, desde a Constituição de 1934,<sup>515</sup> poderia parecer a mais pacificada em seus conceitos e em sua operação. No

---

<sup>515</sup> Está-se levando em consideração aqui o momento jurídico em que o instituto surge no Direito brasileiro, posto que, de forma praticamente unânime, os autores salientam que ela tem sua origem no Direito romano, embora seja evidente que não tinha à época o mesmo perfil que o do instrumento hoje vigente.

entanto, isso na realidade não ocorre. E não ocorre exatamente porque a configuração e o perfil dos direitos ou interesses por ela tutelados alteraram-se em sua configuração, mudando igualmente os esquemas conceituais que a identificam.

O que se está dizendo é que, quando da inserção da Ação Popular no Direito brasileiro, todos seus conceitos estavam ligados à estrutura do Direito Processual Civil, e sua destinação era a defesa do interesse público, entendido este no esquema da divisão tradicional do Direito em público e privado, de que se tratou no capítulo 3. A atual configuração desse instrumento jurídico modificou-se juntamente com as concepções jurídicas, a ponto de sua esfera de protetividade abranger o meio ambiente, a moralidade administrativa e o patrimônio histórico e cultural. Tanto é assim que mesmo a noção de defesa do patrimônio público atinge outra dimensão, afastando-se da idéia simples de defesa do erário do Estado, para adequar-se à visão de que há um interesse difuso, espraído por toda a Sociedade Civil, na conservação de um patrimônio que é evidentemente desta, como já ficou esclarecido quando se demonstrou a mudança na concepção e na realidade do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo.

Ao contrário do que se afirma, não foi a lei que criou a Ação Civil Pública a primeira a estabelecer elementos de defesa de interesse difusos no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim a Ação Popular. Claro que não com a mesma carga de possibilidade encontrável hoje, mas havia, sem declaração expressa, até porque ainda não desenvolvida a concepção dessa nova ordem de direitos, uma esfera de protetividade de interesse difuso. Hoje não há mais dúvida de que esse é o perfil da Ação Popular de que trata a CRFB/88. Rodolfo de Camargo Mancuso reconhece que o objeto da Ação Popular é o “interesse difuso à preservação: da possibilidade,

eficiência e moralidade na gestão da coisa pública e bem assim à tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo”.<sup>516</sup>

Volta-se, então, à afirmação inicial, para reforçar a idéia de que o instrumento processual de cunho constitucional chamado Ação Popular é, entre todos, o que mais dificuldade encontra em sua compreensão exatamente porque há muito tempo vem sendo estudado pela ótica de conceitos mais adequados ao Direito de cunho interindividual do que aos de defesa de interesses difusos. No entanto, como a proposta neste momento é somente a de tratar um ponto de cada uma das Ações Constitucionais, optou-se por se tratar de um tema ligado à legitimação ativa, que é o do conceito de cidadão, posto que talvez seja o mais polêmico neste momento.

Adotando, ainda, conceitos de cidadania de forma estrita, como vigente em tempos já ultrapassados, grande parte da doutrina e a prática judicial têm limitado a legitimação ativa para a Ação Popular, entendendo que somente quem tem a qualidade de eleitor pode ser titular do exercício do direito de pleitear em juízo a tutela dos direitos arrolados na norma constitucional do inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição da República. Contribui, ainda, para tal limitação, uma regra anterior à Constituição e que se encontra no artigo 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, exigindo que a prova da cidadania seja feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Diante disso, de forma majoritária, a doutrina oferece definições no seguinte sentido: “Legitimado para a ação popular constitucional é o cidadão, isto é, aquele que, nos termos da Lei nº 4.717/65, é detentor do *status* de cidadania, a qual se comprova

---

<sup>516</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35.

com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda”.<sup>517</sup> No mesmo sentido o entendimento, entre outros tantos, por exemplo, de José Afonso da Silva, Paulo Lúcio Nogueira, Hely Lopes Meirelles, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci.<sup>518</sup>

Mais enfático, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma:

“O tipo constitucional do art. 5º, LXXIII da CF exige que o autor seja um brasileiro no gozo dos direitos políticos, já que fala em ‘cidadão eleitor’; e, depois a Lei 4.717/65, em seu art. 1º, § 3º, diz que ‘a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feito com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda’”.<sup>519</sup>

Na verdade, em nenhum momento norma constitucional citada pelo autor vincula a condição de cidadão à qualidade de eleitor, posto que simplesmente estabelece: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular”. Não se encontra aqui a expressão “cidadão eleitor”. De outro lado, ficou demonstrado no item 5 do capítulo anterior que a ordem jurídica deve ser lida pela ótica constitucional e não o inverso, como pretendem aqueles que utilizam a norma infraconstitucional, anterior à Constituição de 1988, do artigo 1º, § 3º, da Lei 4.717/65, para estabelecer uma limitação que a norma constitucional não previu.

Após fazer um detalhado estudo sobre cidadania, nacionalidade e direitos políticos, José da Silva Pacheco chega à seguinte conclusão, que é mais consentânea com a ordem constitucional vigente:

“Na terminologia da Constituição de 1988, emprega-se, no mesmo sentido de cidadania, o vocábulo nacionalidade, no art. 12, sem usar aquela palavra.

---

<sup>517</sup> SLAIBI FILHO, Nagib, op. cit., p. 238.

<sup>518</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 440; NOGUEIRA, Paulo Lúcio, op. cit., p. 101; MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 88; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 184.

<sup>519</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular...*, p. 136.

Estruturado o Estado, por meio da Constituição, tem-se de fixar, desde logo a que sociedade ele se destina e quem dela faz parte, sendo natural que para escolha dos seus membros se adote o critério amplo da nacionalidade, abrangente da nacionalidade originária e secundária, porque a ‘nacionalidade é o laço jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado’ (Pontes, *Com. à Constituição de 1946*, t. IV, p. 15).

Se a Constituição brasileira atribui nacionalidade e, desse modo, considera brasileiros os natos e naturalizados que preencham os requisitos do art. 12, com as restrições expressas no seu parágrafo 2º, todos eles são cidadãos, que, se atenderem aos requisitos do art. 14, podem exercer os direitos políticos.

Assim, se o brasileiro for analfabeto ou maior de setenta anos ou menor de dezoito e maior de dezesseis anos, pode, facultativamente, alistar-se, e desse modo, ser eleitor e ser eleito. Se não se alistar, porém, não deixa de ser cidadão brasileiro e, por conseguinte, tem, sem óbice, legitimidade. Os óbices constitucionais são, apenas, os do § 2º do art. 12”.<sup>520</sup>

Apesar de concordar-se com a lição acima, ainda assim se verifica que, em certa medida, ela vincula a idéia de cidadania ao fato de ser ou não eleitor, posto que, embora admita o voto das pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, das maiores de setenta anos e das analfabetas, o faz porque elas são potencialmente eleitoras, ainda que não tenham se alistado como tais em razão da facultatividade dessa qualidade. No entanto, seguindo a mesma linha de raciocínio, facilmente se pode concluir que mesmo os conscritos, que não podem se alistar como eleitores pela vedação expressa no artigo 14, § 2º, da CRFB/88, não perdem a condição nacional e, em consequência, a qualidade de cidadão. Nem mesmo há vedação constitucional para os estrangeiros residentes no Brasil, pois, desvinculada a idéia de que cidadão é necessariamente o eleitor ou o que tem capacidade para alistar-se como tal, vale a regra do “caput” do artigo 5º da Constituição, que garante aos brasileiros e estrangeiros, salvo vedação expressa, que não ocorre no caso, a fruição dos direitos e

---

<sup>520</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 395.

garantias fundamentais que arrola em seus incisos, e entre os quais está o exercício da Ação Popular.

Mudou o conceito de cidadania, quer como concepção, quer como disciplina jurídico-constitucional. Lembre-se da lição de Vera Regina Pereira de Andrade, transcrita no capítulo 1 retro, na presente tese, que identifica uma cidadania coletiva, para além da representação política, que “aponta para a participação em sentido amplo, através de sua evidente politização”.<sup>521</sup>

Com toda a razão está Vera Andrade, pois longe se está de um tempo em que a participação política somente se traduzia no direito de votar e ser votado. Na participação política do atual estágio, o mesmo grau de importância do sufrágio tem, por exemplo, a atividade no sentido da preservação dos interesses maiores da Sociedade, como, por exemplo, a garantia do patrimônio público, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, para ficar somente com aqueles que se inserem no âmbito de tutela do instituto em análise. Essa participação pode se dar com o manejo de instrumentos como a Ação ora em enfoque, com a mesma ou superior condição do sufrágio eleitoral.

Uma leitura da Ação Popular à luz da Constituição vigente e desprendida dos conceitos do Processo Civil pode dar a ela uma maior efetividade. Não é gratuita a insistente repetição que tem perpassado todos os capítulos e todos os instrumentos analisados até agora. A vinculação ao Processo Civil e a desconsideração com o ordenamento constitucional levam a interpretações dos instrumentos constitucionais de forma absolutamente restritiva, como ocorre com a seguinte doutrina de J. M. Othon

---

<sup>521</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de, op. cit., p. 129.



Sidou, que se transcreve como forma meramente exemplificativa do que se tem afirmado:

“Não entendemos que as regras processuais genéricas estejam afastadas por esse princípio gradativo, porque não consideramos incluídas no texto constitucional a *lagitimatio ad processum* (condição para o exercício da ação) ao lado da *legitimatio ad causam* (condição para o exercício da defesa do direito). As regras mestras institucionais, à Constituição; as regras instrumentais, às leis do processo. Fôssemos entender de modo incontido as disposições constitucionais, o mandado de segurança e a própria ação popular não admitiriam a regra caducária. Não será restringir, desse modo, o arrimo à ação popular exigir que só possa ingressar em juízo quem tiver também capacidade processual para isto, ou seja, o cidadão com 21 anos completos”.<sup>522</sup>

Após a análise dos institutos, é importante deixar registrado novamente que em todos os instrumentos analisados no presente capítulo outros pontos poderiam ser objeto de verificação sob a mesma ótica aqui adotada. Todavia, não resta dúvida de que os pontos abordados são suficientes para demonstrar o enunciado central da tese ora exposta, ou seja, de que somente levando em consideração a profunda transformação operada no âmbito do Direito a partir do inter-relacionamento entre este e o Estado e, ainda, entre o Estado e a Sociedade Civil, e abandonando, em consequência, os esquemas conceituais próprios do Direito Processual Civil, buscando uma teoria geral própria para as Ações Cíveis Públicas, é que estas atingirão sua efetividade e seu objetivo, que é o de garantir a efetividade dos direitos típicos da cidadania.

---

<sup>522</sup> SIDOU, J. M. Othon, op. cit., p. 508.

## CONCLUSÃO

O pressuposto necessário para entender a formação, a declaração e a tutela dos direitos é a percepção da realidade na qual elas se manifestam. Assim, os direitos são indissociáveis da noção de Estado e de Sociedade.

Exatamente por essa razão é que o primeiro capítulo da presente tese tratou das principais transformações experimentadas por ambos, utilizando-se, para compreender as mudanças mais importantes experimentadas pelo Direito, dos momentos de radicais transformações, reforçando o enfoque nas situações específicas da estruturação do Estado Moderno, quando da superação da fase das organizações pré-estatais, e, posteriormente, da passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo.

O que fica claro, desde logo, é que, no período histórico que antecede o Estado, especialmente as realidades que são por vezes confundidas com a noção deste (as Cidades Gregas e o Império Romano, por exemplo) não se inserem na sua classificação ou tipologia, ou seja, não se confundem com ele; primeiro, pela total ausência de respeito à liberdade individual; e, segundo, pela forma e a razão do exercício do poder (político). Durante o medievo o exercício absoluto do poder, que se encontrava fracionado em diversas instâncias, afasta-se de forma ainda mais acentuada da noção de Estado.

Durante o período pré-estatal, a noção de Sociedade Civil, pelo menos na acepção que possui a partir do Estado Moderno, é totalmente desconhecida.

Adotou-se, para a análise, a definição de Estado Moderno para contemplar a forma de ordenamento político sedimentado na Europa no século XIV, durante a Renascença e que durou até o final do século XIX, sem deixar de se reconhecer a existência de algumas formas de organização política que já possuíam suas principais características alguns séculos antes e ressaltando-se que muitas outras as mantiveram para bem além do final do período adotado.

Basicamente, o que resta demonstrado é que o exercício do Poder do Estado decorre de um pacto entre as pessoas a ele submetidas, as quais abrem mão de uma parcela da liberdade individual, para receber, em contrapartida, a garantia da organização social e, por conseqüência, a segurança que ela proporciona. Nesse sentido, a relação com a Sociedade Política e com cada um dos participantes do pacto era egoísta, ou seja, centrada no individualismo. A idéia de Sociedade Civil, por conseqüência, também seguia a mesma característica. Além do mais, a relação da Sociedade Civil com o Estado era de antagonismo, não havendo identificação entre as duas realidades, pois ambas eram fundadas na soma de individualidades.

Por fim, o primeiro capítulo analisou o Estado Contemporâneo, suas características e suas finalidades, para enunciar a sua função social. Em seqüência, verifica-se o inter-relacionamento entre a Sociedade Civil e tal concepção de Estado, uma vez que a principal função deste, agora, é a realização dos interesses daquela.

Não se poderia deixar de salientar, como já foi esclarecido antes, que o tratamento dado às diversas concepções de Estado e de Sociedade Civil foi no sentido

de demonstrar os momentos aparentes da ruptura, sem deixar de levar em consideração que cada um deles é fruto de uma evolução histórica que se alonga no tempo. Por isso mesmo, ao final reservou-se um tópico específico para os dias atuais em que há uma significativa e rápida mudança, e que está, no contraponto com o passado, mais próxima dos momentos de transformação do que de evolução, a qual se denomina “permanente ruptura”, como forma de enfatizar a rapidez com que ocorrem tais modificações. Finalizando, contemplou-se, ainda, o tratamento dado à Sociedade Civil na configuração do Estado brasileiro, segundo os termos da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

Incidentemente e nos limites do necessário, quatro conceitos estratégicos para o trabalho, que também sofreram modificações históricas porque correlacionados com os acima mencionados, foram tratados ainda no primeiro capítulo: nação, soberania, cidadania e democracia.

Toda a análise procedida no primeiro capítulo, até pela já enunciada vinculação entre Direito e Estado e, cada vez mais, entre Direito, Estado e Sociedade, tem a finalidade de identificar a origem, as características e as transformações experimentadas pelo Direito, tanto do ponto de vista da gênese, quanto do enunciado dos direitos.

No segundo capítulo, então, houve a preocupação de demonstrar que os direitos conhecidos e reconhecidos nas sociedades pré-estatais eram fundados basicamente em uma concepção religiosa e entendidos como um fenômeno natural decorrente das relações entre os homens. É de levar-se em consideração que tal enunciado tem a finalidade de sintetizar a concepção dos direitos, mas não se deixa de levar em conta a

pluralidade de entendimentos religiosos e todas as variáveis que a caracterizavam. É importante salientar que ao final do medievo o contrato foi o principal instrumento gerador de direitos, iniciando-se, então, a característica que iria permear os direitos no Estado Moderno, qual seja, o da individualidade.

Passou-se, em seguida a demonstrar que, com o surgimento do Estado Moderno, ocorreu uma profunda modificação no reconhecimento e no enunciado dos direitos já existentes, assim como nasceu uma gama enorme de direitos em face do reconhecimento da liberdade individual. Consolidam-se, então, os denominados direitos civis e surgem os direitos políticos e os direitos sociais. A principal nota que identifica a todos os direitos é o individualismo. São direitos identificados e exercidos pelos integrantes do pacto social formador do Estado em relação a um, alguns ou todos os demais integrantes e, ainda, em relação à Sociedade Política ou por esta em relação a cada um. Mesmo nos momentos finais do século XIX, quando se exauria o Estado Moderno, iniciando-se o reconhecimento dos direitos sociais, ainda assim, é com a marca da individualidade que eles eram exercidos.

Com a passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, uma nova e conseqüente transformação se opera no campo dos direitos e, por óbvio, do Direito. Ainda que alguns deles tenham gênese que pode ser identificada na Antigüidade, mas que se modificaram com as declarações dos direitos civis e foram absorvidos pela nova ordem jurídica, a verdade é que muitos deles agora já não possuem mais do que o nome que lhe foi atribuído (como ocorre com o direito de propriedade, por exemplo), tendo se transformado totalmente em sua essência, ou, no mínimo, na forma de seu

exercício. Assim também ocorreu com muitos daqueles cujo nascimento seja característico do Estado Moderno.

Ao lado dos direitos transformados, a nova relação estabelecida entre Estado e Sociedade Civil, agora sendo esta a razão de ser daquele, dá lugar ao surgimento, reconhecimento e necessidade de tutela de direitos que seriam impensáveis numa concepção individualista de Sociedade e de Estado. Isso é fácil de verificar quando se percebe que os conflitos que então surgiram são de outra ordem, ou seja, são conflitos generalizados na Sociedade porque envolvem o contexto social como um todo, podendo-se dizer que a Sociedade Civil mesma passa a ser titular de alguns direitos, afastando a idéia de que tal titularidade teria necessariamente que identificar um “sujeito”<sup>523</sup> de direito.

Surgem e ganham expressão a partir daí os denominados direitos coletivos, quais sejam, os direitos transindividuais conhecidos como direitos difusos, coletivos (em sentido estrito) e os individuais homogêneos.

Nesse contexto, houve, nesta tese, a preocupação em deixar claro que não mais se pode proferir um enunciado único para os direitos, posto que são de diversas ordens os fatos sociais que se juridicizaram e continuam a se juridicizar. Há uma esfera de direitos individuais que não necessariamente é igual àquela que se manifestava no Direito do Estado Moderno, embora possam ser localizados alguns que mantenham a mesma configuração. De outro prisma, ocorrem direitos que são fruto da individualidade, mas que possuem uma outra dimensão no seu reconhecimento e/ou no seu exercício, como, por exemplo, o direito da intimidade. Por fim, surgem os direitos

---

<sup>523</sup> A expressão “sujeito” é usada aqui com destaque para reforçar a idéia de individualidade característica dos direitos individuais e ainda usada no trato dos direitos coletivos.

coletivos, que formam uma categoria própria e que possuem características que não são conhecidas na ciência jurídica que tem por objeto os direitos do Estado Moderno.

De forma exemplificativa e para não perder o conteúdo prático-operativo do Direito, analisou-se nesse tópico as transformações enunciadas a partir de institutos como o direito de propriedade, o direito das obrigações e o direito decorrente da paternidade.

Tomando consciência de todas essas circunstâncias enunciadas, o item final do capítulo destina-se a enfrentar a questão do que tem sido denominado “novos” direitos. Embora reconhecendo que a divisão dos direitos em gerações para identificar o momento em que ocorreu o nascimento de cada uma delas tenha uma importante finalidade pedagógica, especialmente para demonstrar que existem especificidades que impedem um trato geral para todos eles, o que ficou demonstrado é que tal classificação está esgotada e já não mais consegue abranger e explicar os fatos juridicizados ou juridicizáveis que se manifestam nos dias atuais.

Mas o ponto mais significativo é o do reconhecimento de que não há mais lugar, no contexto atual, para o enunciado de direitos absolutos, quer na ordem coletiva, quer na ordem individual. Afirma-se, por isso, que somente é possível falar em direitos relativos e contextualizados, estando ultrapassada a fase de direitos absolutos e *a priori*. Assim, um direito somente pode ser tido como tal se em determinado contexto preponderar sobre todos os demais potencialmente existentes.

No terceiro capítulo, a partir de análise de alguns institutos da Teoria do Direito, da Teoria do Estado e, especialmente, de Teoria Geral do Direito, o que fica demonstrado é que muitos deles estão totalmente defasados em relação à realidade

atual ou, em alguns casos, ainda que tenham validade para algum aspecto dela, não conseguem dar conta da sua totalidade.

No que se refere à Teoria do Direito, demonstrou-se que não é mais possível pensar-se em uma dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, uma vez que essa concepção somente era possível no momento em que o Estado correspondia a um “sujeito” de direito, o que já não mais ocorre. O instituto escolhido para demonstrar que a Teoria do Estado também merece uma atualização no estudo do Direito foi o da divisão das funções do Poder do Estado. Essa escolha justifica-se pela direta ligação que tem com a aplicação das Ações Constitucionais, em especial com o Mandado de Injunção. A teoria geral do Direito Processual Civil é analisada sob o ponto de vista de seu conceito central, que é exatamente o direito de ação e alguns conceitos importantes que dele decorrem, como partes, pedido e causa de pedir. Soma-se ao caráter central do tema o fato de enunciar a tese a necessidade de uma teoria geral para os instrumentos de tutela de “novos” direitos e ser o direito de ação também central para as Ações Constitucionais.

Na parte final do terceiro capítulo foi proposta uma forma de superação dos problemas enfrentados pelas Ações Constitucionais no que diz respeito à sua aplicabilidade, afirmando-se que somente a partir de uma teoria geral fundada em uma leitura constitucional dos instrumentos e da redefinição de acesso à justiça tal superação seria possível. Nesse sentido, ficou demonstrado nesse item que o conceito de acesso à justiça precisa ser visto sob outra ótica que não aquela do Processo Civil, o que não tem sido percebido pela doutrina atualmente.



O capítulo quarto cumpriu a finalidade de demonstrar na operação prática diária a profunda diferença que existe quando as Ações Constitucionais observam os conceitos de Processo Civil e quando elas operam com conceitos que lhe podem ser próprios, posto que respeitam a lógica de sua própria gênese.

Atendendo aos fins de utilização de tais instrumentos de forma meramente exemplificativa, elegeu-se um instituto – o mais problemático – de cada uma das principais Ações Constitucionais, no sentido de que são mais usuais e com legitimidade mais abrangente para o cidadão, e comparou-se a forma de entendimento tradicional, fundada no instrumental teórico do Processo Civil, com uma possível forma de operação com conceitos de Direito Constitucional, levando-se em conta, por óbvio, a atual realidade do ordenamento constitucional. Assim, na Ação Civil Pública, enfrentou-se o tema da legitimidade ativa. No Mandado de Segurança denominado tradicional, a análise recaiu sobre a legitimidade passiva. Foi também a legitimidade ativa o objeto de análise no instituto do Mandado de Segurança Coletivo. Para o *Habeas Data*, elegeu-se como o ponto mais importante a limitação criada pela norma regulamentadora infraconstitucional, em desacordo com a Constituição, estabelecendo uma condição de procedibilidade representada pelo prévio requerimento administrativo para o conhecimento ou retificação dos dados objeto desta Ação. Para o Mandado de Injunção, não poderia ser outro o instituto senão conteúdo do provimento judicial, pois este tem sido o ponto que tem retirado a total efetividade da Ação Constitucional mais importante de todas e que menos tem tido aplicabilidade na prática forense. Por fim, a legitimidade ativa foi o objeto da análise na Ação Popular.

Observa-se que em nenhum momento o trabalho pretendeu lançar conceitos ou estabelecer uma teoria geral completa para as Ações Constitucionais, mas o propósito sempre foi, e sempre ficou esclarecido, o de demonstrar que ela é necessária.

A primeira conclusão, de caráter mais genérico, é, então, a de que há necessidade urgente de construir-se uma teoria geral própria para as Ações Constitucionais que, mais do que ser diversa da teoria geral do Processo Civil, deve levar em conta a especificidade dos instrumentos processuais que constituem seu objeto. Assim, mais adequado dizer que deverá fundar-se a nova teoria numa perspectiva ampliativa, no sentido de construir conceitos abertos para a efetivação dos instrumentos, abandonando a concepção e a postura de conceitos limitativos e rígidos que, por vezes, servem mais para restringir o âmbito de atuação do instrumento, como ocorre, por exemplo, com as condições da ação no Processo Civil.

No entanto, uma outra conclusão, mais específica, que ficou comprovada na tese, é que, mesmo antes de formação de uma teoria completa, a simples observância da natureza das ações, abandonando os conceitos tradicionais, já é suficiente para um melhor acesso à justiça dos direitos por elas tutelados.

Há uma grande importância nesta conclusão, especialmente quando se verifica que pelo menos três novos instrumentos, entre os analisados, foram inseridos no Direito brasileiro pela Constituição de 1988, o Mandado de Segurança Coletivo, o *Habeas Data* e o Mandado de Injunção, sem contar que foram consideravelmente ampliadas as aplicações do Mandado de Segurança e da Ação Popular, oferecendo à cidadania um leque considerável de possibilidades de acesso à justiça e ao Poder Judiciário uma ampliação no exercício de sua função de Poder do Estado como nunca

experimentada até então. No entanto, o Judiciário está devendo à cidadania o acesso deferido pelas Ações Constitucionais. De outro lado, porém, durante todo o processo, ainda em curso, da chamada reforma do Judiciário, as manifestações dos representantes deste Poder têm sido basicamente no sentido de que há uma necessidade urgente na revisão dos ritos processuais para garantir uma maior celeridade processual. Nada mais moderno que os instrumentos que regulam o processo das Ações Constitucionais, consideradas, obviamente, a forma de aplicação desvinculada do Processo Civil. Porém, utilizando conceitos concebidos para outra ordem de Estado, de Direito e de Processo, o Judiciário não percebe que já possui os instrumentos de sua própria reforma e tem, por isso mesmo, desconsiderado já ser detentor do objeto de seu próprio pleito. Em síntese, não há necessidade de novos ritos para garantir a cidadania e um efetivo acesso à justiça; o que é preciso é que os operadores do Direito percebam a nova realidade na qual devem operar, apliquem todo o instrumental que está à disposição, deles e dos cidadãos, e dêem a ele a efetividade para a qual se destina. A grande revolução no Direito ainda está para ser operada, mas ela depende muito mais da postura de seus operadores do que de novos instrumentos.

Há muito a ser feito, especialmente se se considerar que uma teoria geral de qualquer ramo científico não é arbitrária a ponto de ser enunciada em um único estudo, mas fica lançado o problema que pretende induzir uma gama considerável de estudos sobre o tema. Pode-se afirmar, para concluir, que, mudado o enfoque de abordagem, demandar-se-á uma análise mais acurada de institutos outros como, por exemplo, a questão da disponibilidade ou não do objeto da ação na Ação Civil Pública; o problema do ato coator no Mandado de Segurança tradicional; o objeto da demanda do

Mandado de Segurança Coletivo manejado pelo Partido Político; a legitimação ativa no *Habeas Data*; a questão da coisa julgada no Mandado de Injunção; e o objeto da demanda na Ação Popular, especialmente no que se refere à defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Cumpriu a presente tese a função de identificar e enunciar o problema criado pelo trato das Ações Constitucionais pela ótica do Processo Civil, o que retira o potencial de tutela a que elas se destina. Mas fica também manifesto que, desde logo, sem qualquer modificação de ritos processuais ou criação de qualquer outro, é possível que acesso à justiça dos direitos inerentes à cidadania se dê de forma célere e efetiva, bastando para tanto que os operadores jurídicos percebam o problema antes afirmado e modifiquem sua postura, dando às Ações Constitucionais um tratamento adequado à sua finalidade.

Por fim, entende-se que competirá aos estudiosos lançar os fundamentos de uma teoria geral para as Ações Constitucionais, com olhos na realidade vivenciada e no sentido de buscar oferecer instrumental para uma operação que torne viável a participação política do cidadão a partir deste instrumental, auxiliando na construção e sedimentação de um conceito de cidadania coletiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1 OBRAS

AFTALION, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, Jose. *Introducción al derecho*. 8. ed. Buenos Aires: La Ley, 1967. 1015 p.

ALBERTON, José Galvani. *O Ministério Público e a reparação de danos ao erário: experiências e entraves*. Palestra proferida em painel do “Seminário Nacional sobre os Dez Anos da Lei da Ação Civil Pública”, realizado na cidade de Blumenau (SC), em 29.10.95, a ser publicada nos anais daquele encontro.

ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 577 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: dos direitos aos Direito Humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 143 p.

ARRUDA, Roberto Thomas. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Juriscredi, 1972. 616 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. 540 p.

ASSIS, Araken. Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança. *Revista de Processo*, v. 21, n. 84, p. 99-109, out./dez. 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 174 p.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 144 p.

BACHA, Sérgio Reginaldo. A evolução do mandado de injunção na Suprema Corte Brasileira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 126-129, jul./set. 1997.

BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 268 p.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408 p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. 68 p.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 372 p.
- BARROSO, Luis Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. *Revista de Processo*, v. 23, n. 89, p. 57-61, jan./mar. 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978. 106 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, 620 p. (2º v.).
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao estudo do direito: os fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 718 p.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.) et al. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 70-151.
- BLASI, Paulo Henrique. *Da desapropriação e da reversão do bem expropriado*. Florianópolis: Imprensa da UFSC, 1967. 103 p.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. 179 p.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Trad. Carmem C. Varrialle. et al. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. 401 p.
- BODIN, Jean. *Los Seis Libros de La República*. Trad. Pedro Bravo. Madrid: Aguilar, 1973. 236 p.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 149 p.

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Desistência da ação e transação na ação civil pública. *Revista da ESMESC*. Florianópolis, v. 3, p. 80-90, nov. 1997.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. 313 p.
- BUZAID, Alfredo. *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982. 158 p.
- CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?: individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000. 174 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. 310 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1.210 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. 168 p.
- CARLIN, Volnei Ivo (Org.) et al. *Ética e Bioética: novo direito e ciência médica*. Florianópolis, 1998. 176 p.
- CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. 673 p. (I v.)
- CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. 604 p. (II v.).
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. 357 p.
- CHANTEBOUT, Bernard. *Do Estado: uma tentativa de desmitificação do universo político*. Trad. José Antonio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Rio, 1977. 140 p.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. 396 p.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Acadêmica/Saraiva, 1942. 591 p. (I v.).
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. A ação popular e a Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 691, maio 1993, p. 34-44.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 325 p.

- COSTA, Coqueijo. *Mandado de Segurança e controle constitucional*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1987. 244 p.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 3. ed. São Paulo: Hemus, 1996. 310 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo: de acordo com a constituição vigente*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 640 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*. São Paulo: José Bushatsky/EDUSP, 1974. 426 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 322 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "Writs" na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 172 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 87 p.
- CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 783 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 307 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. 341 p.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. *Revista dos Tribunais*, n. 643, maio 1989, p.14-19.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. João Pedro Gomes. Lisboa-Moscou: "Avante"/Progresso, 1986. 218 p.
- FADEL, Sérgio Sahione. Teoria e prática do mandado de segurança: com as alterações introduzidas pelos atos institucionais, inclusive a criação da Justiça Federal de primeira instância. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966. 318 p.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 158 p.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. 359 p.



- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1996. 168 p.
- FERNANDES, Tycho Brahe. Informações e revelia no mandado de segurança. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 21, n. 72, p. 59-68, jan./jun. 1995.
- FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo, MILARÉ, Édis, NERI JÚNIOR, Nelson. *Ação civil pública e tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. 218 p.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança: (individual e coletivo) aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 181 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 253 p. (3º v.).
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 80 p.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Gécia e de Roma*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996. 310 p.
- GAFO, Javier. *10 palavras claves en bioética*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 379 p.
- GARAUDY, Roger. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Trad. Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 1983. 208 p.
- GIANOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 107 p.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e I. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995. 813 p.
- GOMES, Fábio Luiz. Da Ação. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da et al. *Teoria Geral do Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983, p. 89-128.
- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. 8. ed. Trad. Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. 444 p.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 266 p. (1º v.).
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 29-45.

- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. Trad. Dario Canali. 11. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986. 93 p.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 539 p.
- HEGEL J. Frederico Guilherme. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986. 292 p.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. 374p.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. 34 p.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 419 p.
- JACQUES, Paulino. *Curso de introdução à ciência do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. 288 p.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. 470 p. (VIII v., t. I).
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 438 p.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. 227 p.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 319 p. (I v.).
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi de Proceso Civile*. Napoli: Morano, s.d. 521 p.
- LIMA, Hermes. *Introdução á sciencia do direito*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. 342 p.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. E. Jacy Monteiro. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. 313 p.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1969. 342 p.

- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. São Paulo: Atlas, 1999. 190 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 356 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 208 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 278 p.
- MAQUIAVEL, Niccolò. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Trad. Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. 436 p.
- MAQUIAVEL, Niccolò. *O Príncipe*. Trad. Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1976. 165 p.
- MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. *Revista de Processo*, v. 19, n. 97/100, out./dez. 1994.
- MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Trad. Alceu de Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959. 251 p.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. 396 p. (1 v.).
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Introdução do Professor Phillip C. Schmitter. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967. 220 p.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes*. Florianópolis: OAB/SC, 1999. 157 p.
- MARTINS NETTO, Modestino. *Manual do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1973. 279 p.
- MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha. Textos*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1977. p. 239. (I v.).
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. In: LASKI, Haroldo J. *O Manifesto Comunista de Marx e Engels*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978. 147 p.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 152 p.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. Atualizada por Arnaldo Wald. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 280 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 143 p.
- MILARÉ Édis. *A Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. 206 p.
- MILARÉ Édis (Coord.) et al. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de sua aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 511 p.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. 341 p. (2 v.).
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 446 p. (3 v.).
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. 363 p. (1 v.).
- MORAES, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado contemporâneo. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *América latina: cidadania, desenvolvimento e Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 37-50.
- MOSCA, Gaetano. *História da Doutrinas Políticas Desde a Antiguidade*. Completada por Gaston Bouthoul. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975. 416 p.
- MUTHER, Theodor. Sobre La Doctrina de La Actio Romana, Del Derecho de Accionar Actual, da la *Litiscontestatio* y de la Sucesion Singular en las Obligaciones. In, *Polêmica Sobre la "Actio"*, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 195-87.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 2.003 p.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994. 273 p.
- OLIVEIRA FILHO, Francisco. Considerações sobre a ação civil pública. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 21, n. 72, p. 19-25, jan./jun. 1995.

- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 205 p.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200 p.
- PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 472 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. 102 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 199 p.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 4, 1964, p. 31-32.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 328 p. (IV v.).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 328 p. (IV v.).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 308 p. (II v.).
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 509 p. (V t.).
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 497 p. (Tomo XI).
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. Trad. Rita Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. 307 p.
- PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 80 p.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. 430 p.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 381 p.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Bogotá/Buenos Aires: Editorial Temis/Editorial Depalma, 1969. 411 p. (I v. - parte geral).

- RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 146 p.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Trad. Joel Pimentel Ulhôa. Goiânia: UFG/UNB, 1997. 160 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da Desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 226-320.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: (ou Princípios de Direito Político)*. Trad. Lourdes Santos Machado. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 21-145.
- SALDANHA, Carla Back; BRANDÃO, Paulo de Tarso; FERNANDES, Tycho Brahe. Bioética e biodireito. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 89-113.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995. 348 p.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. 384 p. (1 v.).
- SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s.d. 394 p. (4 t.).
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. 160 p.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996. 377 p.
- SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. 100 p.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 578 p.
- SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. 321 p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 818 p.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 462 p.

- STRECK, Lenio. E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org). *Revoluções no campo jurídico*. Joinville: Oficina, 1998, p. 183-197.
- STRECK, Lenio Luiz. *O mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. 83 p.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 264 p.
- TEIXEIRA, Larissa Solek; GOMES, Renata Raupp. Eutanásia: o direito de morrer como um dilema bioético. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 137-151.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 657 p. (2 v.)
- TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. *Ajuris*, n. 56, Ano XIX, nov. 1992, p. 35-55.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. 281 p.
- VARELLA, Marcelo Dias. Por uma visão ainda que dogmática da propriedade In: VARELLA, Marcelo Dias (Org). *Revoluções no campo jurídico*. Joinville: Oficina, 1998, p. 199-219.
- VIEIRA, Roberto Átila Amaral. *Introdução ao Estudo do Estado e do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 658 p.
- WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. 585 p. (I v).
- WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (Análise de sua patologia). *Ajuris*, n. 61, ano XXI, jul. 1994, p. 73-98.
- WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação Para Agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) et al. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.
- WINDSCHEID, Bernhard. La "Actio" del Derecho Romano, Desde el Punto de Vista del Derecho Actual. In, *Polêmica Sobre la "Actio", Bernhard Windscheid y Theodor Muther*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 2-196.

- WINDSCHEID, Bernhard. La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther. In: *Polêmica Sobre la "Actio", Bernahard Windscheid y Theodor Muther*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 293-355.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a Teoria das necessidades: A Condição dos "Novos" Direitos. *Alter Ágora*, n. 1, maio 1994, p. 42-47.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 176 p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. 349 p.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério Público e Ação Civil Pública. *Revista de Informação Legislativa*, n. 114, ano 29, abr./jun. 1992, p. 156.

## 2 LEGISLAÇÃO

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL, Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil.
- BRASIL, Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981.
- BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil.
- BRASIL, Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936.
- BRASIL, Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951.
- BRASIL, Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.
- BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil
- BRASIL, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.
- BRASIL, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.
- BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.
- BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.
- BRASIL, Lei n. 9507, de 12 de novembro de 1997.

## 3 JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 34.980-5, de São Paulo. Relator: Ministro Peçanha Martins. 15 de junho de 1994. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 65, p. 352, jun. 1994.



- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 302, do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro. *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, n. 1, ano 1, p. 147, set. 1989.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 35.644, de Minas Gerais. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. 11 de maio de 1994. *Diário da Justiça*, p. 14254, 06 jun. 1994.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 46.130, do Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. *Diário da Justiça*, p. 16062, 20 jun. 1994.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 03203-5. Relator: Ministro Garcia Vieira. *Diário da Justiça*, p. 00033, 29 out.1999
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Data n. 2. Relator: Ministro Pedro Aciole. 8 de agosto de 1989. *Diário Oficial*, 4.9.89.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Data n. 4. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro. 13.6.89. *Diário da Justiça*. 28.8.89.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 2. 08 de maio de 1990. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 16, p. 25, maio 1990
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 108.992-0, do Paraná. Relator: Ministro Paulo Brosard. *Revista dos Tribunais*, n. 673, ano 80, p. 218, nov. 1991.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação n. 10.061/0. Relator: Desembargador José Loyola. 14.10.93. *Revista dos Tribunais*, n. 716, p. 253.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 43.009. Relator: Desembargador Napoleão Amarante. 28.6.95. *Diário da Justiça*, 30 ago. 1995, p. 6.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 107.133-1, Relator: Desembargador Silveira Neto. 29.12.88. *Revista Justitia*, n. 146, ano 51, abr./jun. 1989, p. 123-127.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Apelação n. 190083980. Relator: Juiz Osvaldo Stefanello. *Revista dos Tribunais*, n. 668, p. 159.