



**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Campus de Jacarezinho**

THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA

**NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E ACESSO À
JUSTIÇA: UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA LEGITIMIDADE
PARA AGIR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**JACAREZINHO
2012**

THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA

**NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E ACESSO À
JUSTIÇA: UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA LEGITIMIDADE
PARA AGIR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi.

**JACAREZINHO
2012**

THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA

**NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E ACESSO À JUSTIÇA:
UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA LEGITIMIDADE PARA AGIR NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na Área de Concentração “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, Linha de Pesquisa “Função Política do Direito”.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi (UENP).

Membro: Professor Doutor Marcos César Botelho (UENP).

Membro: Professor Doutor Clayton de Albuquerque Maranhão (UFPR).

Coordenador do Programa: Professor Doutor Vladimir Brega Filho.

Jacarezinho, 30 de novembro de 2012.

DEDICO ESTA DISSERTAÇÃO

Aos meus pais, BENEDITO DE GOES LIMA (in memoriam) e MARISA AUGIMERI DE GOES LIMA, a quem devo a VIDA, em todas as expressões que ela toma.

À minha irmã DANIELA MARA AUGIMERI DE GOES LIMA COMANDINI, exemplo de determinação, dedicação e disciplina em que busco sempre me espelhar, e ao meu cunhado DERCY COMANDINI, cujas fé, perseverança, tranquilidade e constante disposição são inspiradoras.

À minha pequena sobrinha e afilhada DONATA AUGIMERI DE GOES LIMA COMANDINI, com a esperança de que ainda veja um mundo melhor e mais justo.

Last but not least, ao THOSCO, à BRANCA e à RAJADINHA, pelo carinho e pela companhia felina de sempre, em especial nas frias noites e madrugadas em que este trabalho era escrito.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Caríssimo Orientador, Amigo e Colega de Ministério Público do Estado do Paraná, Professor Doutor EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI, pela oportunidade de publicação conjunta, pela liberdade e confiança em mim depositadas na elaboração deste trabalho e pelas efetivas disponibilidades e disposição para esclarecer dúvidas e oferecer pertinentes sugestões ao seu aprimoramento.

Ao CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, por me haver autorizado a frequência às atividades do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, permitindo-me assim obter uma visão renovada e mais crítica do fenômeno jurídico, que certamente refletiu positivamente no desempenho de minhas atribuições como Promotor de Justiça.

A SILKA STASIAK VENDRAMIN E FAMÍLIA, pela acolhida em Jacarezinho durante boa parte da caminhada.

Aos AMIGOS DO PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ, a quem peço a vênua de não indicar nominalmente, a fim de evitar alguma involuntária e injusta omissão, e dentre os quais incluo Professores e Colegas Mestrandos e Mestres, cuja deliciosa companhia, além de intelectualmente estimulante e proveitosa, tem sido extremamente divertida e regozijante.

À queridíssima MARIA NATALINA DA COSTA, Secretária do Programa de Mestrado, carinhosamente apelidada por nossa turma de “SANTA NAT DAS CAUSAS MESTRANDAS IMPOSSÍVEIS”, pela amizade, prestatividade e eficiência, e notadamente por sempre ter intervindo em nosso favor e conseguido providenciais “últimos suspiros” para o cumprimento das muitas obrigações acadêmicas.

Aos grandes Amigos e Colegas Promotores de Justiça que, nos momentos mais difíceis da jornada, ainda nas Comarcas de Entrância Intermediária de Goioerê e de Campo Mourão, não hesitaram em oferecer seus inestimáveis e imprescindíveis apoios: MARIA SÔNIA FREIRE GARCIA, RICARDO CASSEB LOIS, TICIANE LOUISE SANTANA PEREIRA, MICHELE NADER e TIAGO TREVIZOLI JUSTO.

Ao Caríssimo Professor Doutor CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, Amigo de afinidades roqueiras e Colega Procurador de Justiça admirado no Ministério Público do Estado do Paraná, pela gentil e pronta aceitação ao convite de participar da Banca Examinadora.

“Ao fim de tantos milênios a tecnologia, que levou o homem a conquistar o mundo, não deu um passo para a solução dos grandes problemas que afligem o espírito humano. E jamais o dará, porque eles transcendem de suas rasteiras possibilidades. A técnica é pedestre e o homem foi feito para voar. [...]

O homem integral não é só o técnico; é o asceta, é o herói; é o santo, é o poeta, é o místico. Na verdade a natureza humana é complexa e opulenta, rica e polimorfa. E a tentativa de enquadrar o homem num sistema de coordenadas é por demais simplista. Ainda não apareceu um Descartes para ensinar como se determina a abscissa da dor. O homem não é um cristal que possa ser reduzido a moldes poliédricos. O amor ao simétrico, ao isócrono, ao harmônico leva a técnica a prefabricar molduras que se adaptam à realidade física, mas nunca às criaturas humanas, cuja variedade repele esquemas invariáveis. A tecnologia é unilateral. As ideias, as emoções, os sentimentos, o amor, o ódio não são menos reais do que o ácido sulfúrico ou a estrela Alfa da constelação do Centauro. O sofrimento, a paixão, a fé, a ambição, o medo não são menos importantes do que o elétron ou a penicilina.

A tecnologia sozinha é impotente. Jamais se viu uma alegria de laboratório; da proveta do químico não brota um soluço, não sai uma lágrima. Nem se inventou um processo físico de fazer sorrir. No entanto o sorriso é muito mais importante para o homem do que a eletrólise da água.”

(HELIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, p. 7-8).

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e acesso à justiça: uma releitura constitucional da legitimidade para agir no Estado Democrático de Direito*. 2012. 231 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR.

RESUMO

O presente trabalho busca estabelecer a conexão entre o neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo e o acesso à justiça, como pressuposto para uma análise sistemática da dimensão política e solidarista revelada pela legitimidade para agir no modelo de Estado Democrático de Direito trazido na Constituição Federal Brasileira de 1988. Utiliza os métodos hipotético-dedutivo, histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético, além da pesquisa jurisprudencial, quando cabível, e parte de referenciais teóricos essencialmente críticos, de inspirações constitucional e jusfilosófica, insertos nas já mencionadas concepções neoconstitucionalista e neoprocessualista, também dialogando com outras correntes de pensamento. A primeira seção do trabalho enfatiza o vínculo entre direitos fundamentais, neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito a partir do segundo pós-guerra, que fez emergir novos atores, novos papéis e novas ideias, tecendo considerações sobre o neoconstitucionalismo e a consagração das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito, sobre as diferenças entre regras e princípios e sobre a constitucionalização do ordenamento jurídico, negando a necessidade de uma “nova hermenêutica constitucional”, filiando-se à compreensão substancial da Constituição e afirmando a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A segunda seção aborda o neoprocessualismo e a interação entre Constituição e processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito, assim como insere as ideias de instrumentalidade e de escopos do sistema processual jurisdicional no contexto do embate entre o substancialismo e o procedimentalismo, identificando tais escopos no texto constitucional e lhes atribuindo a natureza de princípios jurídicos. A terceira seção examina, sob o foco do acesso à justiça, o direito de ação e as condições para o seu exercício, em uma perspectiva constitucional, traçando algumas notas sobre o direito de ação e seus significados jurídico e político, avançando com a verificação de um verdadeiro regime jurídico do direito de ação, que tem seu ponto fulcral no art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal, e encerrando com o reconhecimento de que as condições da ação são requisitos legais que conformam ou limitam o exercício da ação, pautados em um sopesamento dos escopos do sistema processual jurisdicional. A quarta seção concerne à releitura constitucional da legitimidade para agir no Estado Democrático de Direito, principiando com algumas noções fundamentais e com a análise da dicotomia legitimidade ordinária – legitimidade extraordinária e da legitimidade nas ações coletivas, correspondentes à visão doutrinária tradicional. Na sequência, esta visão é denunciada, desvelada e criticada no seu aspecto de sentido comum teórico, desde o ângulo intrassistemático, destacando a importância de um entendimento constitucionalmente adequado da legitimidade para agir e trazendo o esboço de uma nova proposta classificatória que o tem como fundamento e diretriz. Ao final do trabalho, as conclusões obtidas são sinteticamente registradas.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Acesso à justiça. Condições da ação. Legitimidade para agir.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Neoconstitutionalism, neoprocessualism and access to justice: a constitutional rereading on standing in the Democratic State of Law*. 2012. 231 p. Dissertation (Legal Science Master's Degree) – Northern Paraná State University, Jacarezinho-PR.

ABSTRACT

The present work aims to establish the connection between neoconstitutionalism, neoprocessualism and access to justice, as a presupposition for a systematic analysis of the political and solidarist dimension revealed by standing in the model of Democratic State of Law brought in 1988's Brazilian Federal Constitution. It uses the hypothetical-deductive, the historical-evolutionary, the historical-comparative, the comparative and the dialectical methods, as well as the jurisprudential research, when appropriate, and starts from essentially critical theoretical frameworks, mostly inspired by Constitutional Law and Law Philosophy, inserted in the before mentioned neoconstitutionalist and neoprocessualist conceptions, also dialoguing with other streams of thought. The work's first section emphasizes the link between fundamental rights, neoconstitutionalism and Democratic State of Law after the Second World War, which made emerge new actors, new roles and new ideas, drawing considerations about neoconstitutionalism and the consecration of normative Constitutions and Democratic States of Law, about the differences between rules and principles and about the legal system's constitutionalization, denying the need of a "new constitutional hermeneutics", joining the substantial understanding of Constitution and asserting the constitutional jurisdiction's democratic legitimacy. The second section approaches neoprocessualism and interaction between Constitution and judicial process in Democratic State of Law, as well as inserts the ideas of procedural system's instrumentality and scopes in the context of the struggle between substantialism and proceduralism, identifying such scopes in the constitutional text and ascribing them the nature of legal principles. The third section examines, under the focus of access to justice, the right of action and the requisites of justiciability, in a constitutional perspective, tracing some notes about right of action and its legal and political meanings, advancing by verifying a true legal regime to the right of action, which finds its central point in Federal Constitution's article 5, number XXXV, and finishing by recognizing that the requisites of justiciability are legal requisites that conform or limit the exercise of action, lined on a balancing of the procedural system's scopes. The fourth section concerns to the constitutional rereading on standing in Democratic State of Law, beginning with some fundamental notions and an analysis of dichotomy ordinary standing – extraordinary standing and of standing in class actions, corresponding to the traditional doctrinal view. After, this view is denounced, unveiled and criticized in its aspect as a theoretical common sense, since an intra-systematic angle, highlighting the importance of a constitutionally adequate understanding about standing and bringing the lining of a new classificatory proposal which has it as fundament and directive. At the end of the work, the conclusions obtained are synthetically registered.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Neoprocessualism. Access to justice. Requisites of justiciability. Standing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO SEGUNDO PÓS-GUERRA: NOVOS ATORES, NOVOS PAPEIS, NOVAS IDEIAS	15
1.1 Neoconstitucionalismo: a hora e a vez das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito	19
1.2 Sobre princípios e regras: marcando semelhanças e diferenças	24
1.3 A constitucionalização do ordenamento jurídico e a “nova hermenêutica constitucional”	35
1.4 O dilema constitucional do Estado Democrático de Direito: procedimentalizar ou substancializar? A jurisdição constitucional e a delicada questão da sua legitimidade democrática	41
2 NEOPROCESSUALISMO: A INTERAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	58
2.1 Instrumentalidade e escopos do sistema processual jurisdicional no Estado Democrático de Direito: uma necessária releitura a partir do embate entre substancialismo e procedimentalismo	71
3 ACESSO À JUSTIÇA: O DIREITO DE AÇÃO E AS CONDIÇÕES PARA O SEU LEGÍTIMO EXERCÍCIO, SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	100
3.1 Notas sobre o direito de ação, ontem e hoje, e seus significados jurídico e político	103
3.2 O alcance normativo do art. 5o., inciso XXXV, da Constituição Federal: a disciplina e as garantias do direito de ação	114
3.3 Condições da ação e exercício do direito de ação: uma abordagem a partir dos escopos do sistema processual jurisdicional, constitucionalmente assentados	126
4 Legitimidade para agir nos marcos do Estado Democrático de Direito: uma releitura constitucional	146
4.1 Ações coletivas e legitimidade ad causam	161
4.2 Críticas ao sentido comum teórico: importância de uma compreensão constitucionalmente adequada da legitimidade para agir e esboço de uma nova proposta classificatória	180
CONCLUSÃO	209
REFERÊNCIAS	216

INTRODUÇÃO

A introdução de um trabalho científico assume tom marcadamente metalinguístico, devendo trazer a descrição e a fundamentação de seu conteúdo. É nela que o autor deve situar o leitor no universo em seguida explorado, apresentando-lhe o objeto estudado, explicitando e justificando a abordagem adotada no seu trato e oferecendo breve itinerário da jornada que conduzirá ao seu enfrentamento. Uma introdução adequada, portanto, há que deixar bastante claros o tema do trabalho, as razões de sua escolha, a metodologia utilizada em seu exame e os referenciais teóricos de que parte tal exame, bem como delinear sucintamente o horizonte de seu desenvolvimento, sem contudo lhe antecipar as conclusões.

O título da dissertação, *Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e acesso à justiça: uma releitura constitucional da legitimidade para agir no Estado Democrático de Direito*, é capaz de fornecer de antemão uma ideia do tema de que se ocupa. Com efeito, procura-se estabelecer a conexão entre aqueles três primeiros fenômenos, como pressuposto para a análise sistemática da *dimensão política e solidarista* revelada pela legitimidade para agir no contexto do Estado Democrático de Direito plasmado na Constituição da República Brasileira de 1988, ensejadora da revisão, e em boa medida da refutação, de alguns posicionamentos tradicionais a respeito de dita condição da ação, aqui denunciados como integrantes de um *sentido comum teórico* assentado no paradigma liberal-individualista-normativista de produção/reprodução do Direito e, por conseguinte, em franca contradição com o atual quadro principiológico e axiológico constitucional.

O *neoconstitucionalismo*, que, mais do que uma vertente doutrinária, representa uma *práxis* voltada à efetividade da Lei Maior, e o *neoprocessualismo*, manifestação daquele com repercussão específica no âmbito do Direito Processual, trouxeram nova compreensão sobre o significado e o alcance do direito de ação, agora inserido no quadro dos direitos fundamentais, vinculado indissociavelmente à aspiração do *acesso à ordem jurídica justa* e também reconhecido como *mecanismo de controle do poder e de participação democrática no seu exercício*. Diante dessas renovadas premissas, mostra-se necessária a revisitação, com uma mirada hodierna, de antigas e sedimentadas categorias dogmáticas, como as condições da ação. E, dentre estas, merece destaque a legitimidade para agir, posta como qualidade exigida pelo ordenamento jurídico para o lícito manejo do direito de ação.

No que tange à justificativa da escolha do tema, não bastassem as razões teóricas advindas das novas influências acima expostas, é certo que o citado paradigma liberal-individualista-normativista de produção/reprodução do Direito, repita-se, incompatível com o modelo de Estado albergado pela Carta Magna de 1988, abre margem, desde os discursos dogmáticos até as práticas judiciárias, a deletérias consequências, entre as quais sobressaem, de um lado, a restrição ao ingresso em juízo de pessoas ou grupos para pleitear tutela em prol de interesses com os quais *prima facie* não ostentam relação de pertinência imediata e, de outro, o afastamento de determinadas controvérsias de índole híbrida jurídico-social da apreciação do Poder Judiciário.

De fato, a técnica processual construída e interpretada/aplicada sob a égide daquele paradigma é, quando não totalmente inapta, ao menos insuficiente para absorver iniciativas processuais altruísticas referentes a direitos indisponíveis (em vista da limitação legal às hipóteses de legitimação extraordinária) e deduções de pretensões oriundas de certos conflitos de magnitude coletiva (por exemplo, não se costuma cogitar da possibilidade – que não parece juridicamente absurda – de um movimento social desprovido de personalidade jurídica ajuizar demanda objetivando a declaração do descumprimento, por parte do titular de imóvel urbano ou rural, do dever de lhe dar função social, para o fim de autorizar sua expropriação pelo Poder Público e posterior destinação a pessoas economicamente vulneráveis).

Tal inaptidão ou insuficiência costuma ser “debitada” ao juízo de admissibilidade do processo, notadamente às condições da ação, levando alguns setores mais críticos da doutrina a nelas vislumbrar – equivocadamente, ressalta-se – verdadeiros obstáculos ao acesso à justiça, quando na realidade o problema é hermenêutico e se situa no nível da pré-compreensão da grande massa dos operadores jurídicos, contaminada ainda pelos pré-juízos inautênticos que compõem o imaginário liberal-individualista-normativista e alheia à revolução paradigmática representada pela ascensão do Estado Democrático de Direito, com seus pressupostos, fundamentos e corolários, e dos interesses transindividuais.

Outrossim, a identificação das linhas traçadas pela Constituição acerca do regime jurídico do direito de ação e das condições para o seu regular exercício é imprescindível para subsidiar a avaliação crítica e a fiscalização abstrata ou concreta da constitucionalidade de medidas legislativas tomadas a pretexto de conformação ou regulamentação, bem assim, mais especificamente quanto à

legitimação, para extrair critérios diretamente constitucionais de sua fixação, ainda que implícitos e decorrentes do sistema.

Por esses motivos, urge a releitura alicerçada em bases constitucionais ora proposta.

Seguindo ao aspecto metodológico, são preferencialmente empregados, na consecução da tarefa, os métodos hipotético-dedutivo, histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético, além da pesquisa jurisprudencial, quando cabível.

Com efeito, a hipótese adrede levantada, sustentando a inadequação da ótica “clássica” e a necessidade de uma releitura pautada no estrato normativo-axiológico constitucional, é submetida a falseamento mediante o exame da capacidade daquela para solucionar satisfatoriamente algumas das intrincadas questões suscitadas pela legitimidade para agir. Antes, porém, não se podem olvidar o exame das origens e do desenvolvimento histórico dos conceitos e institutos abordados e o seu cotejo, tanto espaço-temporal quanto recíproco, bem como devem ser confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes orientações de respeitados juristas e tribunais que se debruçaram sobre os assuntos, procurando organizá-las em sínteses superadoras de suas possíveis contradições. Salienta-se que a pesquisa de jurisprudência restou sobremaneira limitada, uma vez que se trata de estudo de cunho eminentemente teórico-crítico e prospectivo, porém sem perder de vista a sua relevância prática.

Na elaboração formal do trabalho, atendendo às diretrizes normativas próprias da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), opta-se pelo lançamento de citações na modalidade *autor-data*, reservando as notas de rodapé para explicações complementares e remissões que, de outro modo, quebrariam ou ao menos dificultariam a fluência e a sequência lógica do texto. Ademais, no propósito de não alongar demasiadamente a dissertação, as temáticas apenas tangencialmente ligadas à linha de raciocínio principal são submetidas a *cortes metodológicos horizontais e verticais*, quer-se dizer, são abordadas tão-somente com a *extensão* e a *profundidade* exigidas para melhor entendimento daquela, em todo caso remetendo o leitor às fontes consultadas.

Finalmente, a presente obra se embasa em referenciais teóricos essencialmente críticos, de inspirações constitucional e jusfilosófica, insertos nas já mencionadas concepções *neoconstitucionalista* e *neoprocessualista*, cujos

caracteres primordiais são expostos no decorrer do texto. Sem prejuízo, e sempre que pertinente, dialoga-se com outras correntes de pensamento, tais a hermenêutica jurídico-filosófica, a teoria discursiva habermasiana, a teoria sistêmica luhmanniana, o instrumentalismo e as tendências processuais cooperativas, o que não significa pretender fazer *mixagens teóricas*. Pelo contrário, parte-se da singela constatação de que qualquer objeto é melhor explicado com o concurso de múltiplos olhares, posto que, na ciência jurídica, nenhum marco teórico detém o “monopólio da verdade” ou deve ser tido por “canônico”.

Passando à apresentação perfunctória do panorama encontrado nas páginas seguintes, na primeira seção do trabalho se enfatiza o vínculo entre os direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito a partir do segundo pós-guerra, que fez emergir novos atores, novos papéis e novas ideias. Nesse âmbito, são tecidas considerações sobre o neoconstitucionalismo e a consagração das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito, sobre a nova tipologia normativa constitucional e os debates doutrinários respeitantes à distinção entre regras e princípios como suas espécies, sobre a constitucionalização do ordenamento jurídico e as peculiaridades de uma alegada “nova hermenêutica constitucional”, bem como sobre os dilemas contemporâneos referentes à compreensão substancial ou procedimental da Constituição e à legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Ao seu turno, na segunda seção se abordam o neoprocessualismo e a interação entre a Constituição e o processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito, notadamente a sua relação de mútua tutela e cobertura, assim como se inserem as ideias de instrumentalidade e de escopos do sistema processual jurisdicional no contexto mais amplo do embate entre o substancialismo e o procedimentalismo.

A terceira seção da dissertação se dedica a examinar, sob o enfoque do acesso à justiça, o direito de ação e as condições para o seu exercício, em uma perspectiva constitucional. Para tanto, traça algumas notas sobre o direito de ação, ontem e hoje, e sobre seus significados jurídico e político, prosseguindo com a verificação do alcance normativo do art. 5º., inciso XXXV, da Lei Maior e da disciplina e das garantias que estabelece em favor do *jus actionis*. Encerra com a abordagem das condições da ação a partir dos escopos do sistema processual jurisdicional, constitucionalmente assentados.

A quarta seção, concernente à releitura constitucional da legitimidade para agir nos marcos do Estado Democrático de Direito, principia com algumas noções fundamentais acerca da condição da ação em apreço nos Processos Civil e Penal e com a análise da dicotomia legitimação ordinária – legitimação extraordinária, bem como da legitimidade nas ações coletivas, correspondentes à visão doutrinária mais tradicional. Na sequência, esta é denunciada, desvelada e criticada no seu aspecto de sentido comum teórico, sob o ângulo *intrassistemático*, isto é, a partir das incongruências geradas no interior do próprio sistema processual jurisdicional, constitucionalmente conformado, destacando-se a importância de um entendimento constitucionalmente adequado da legitimidade para agir, levantando-se algumas de suas possíveis consequências positivas para a ampliação do acesso à justiça e trazendo o esboço de uma nova proposta classificatória que tem aquele entendimento como fundamento e diretriz.

Ao final do trabalho, consignam-se sinteticamente as conclusões obtidas no trato do tema e expostas e fundamentadas com mais detença no seu decorrer.

Satisfeitas as finalidades perseguidas por esta introdução, elencadas no seu primeiro parágrafo, e sem maiores delongas, é com gosto que se convida o leitor a adentrar o universo explorado na dissertação.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DO SEGUNDO PÓS-GUERRA: NOVOS ATORES, NOVOS PAPEIS, NOVAS IDEIAS

Um acurado exame retrospectivo é capaz de revelar que os direitos fundamentais, o constitucionalismo e o Estado (Moderno) são fenômenos que tiveram origens e trajetórias históricas diversas e, durante longo tempo, até paralelas, vindo a se entrecruzarem e se conectarem de maneira indissociável, em mútua implicação, apenas a partir do final do século XVIII, com a consagração da noção de Estado de Direito, ainda de cunho marcadamente liberal e individualista.

Com efeito, no que tange aos primeiros direitos fundamentais, embora o posicionamento majoritário negue que hajam encontrado na Antiguidade o seu nascedouro, é certo que nela, por obra da religião, em especial do Cristianismo, e da filosofia greco-romana, surgiram ideias-chave que, posteriormente, culminariam por influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e sua concepção de direitos naturais e inalienáveis do ser humano, os quais lhe seriam inerentes em virtude tão-somente de tal condição, justificando assim a denominação desse período como “Pré-História” dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 37-38).¹

É corrente asseverar que a História propriamente dita dos direitos fundamentais, tomados na acepção de verdadeiras conquistas no plano jurídico-empírico, e não de meras formulações ou aspirações teóricas, ostenta seu *marco inicial principa*² na *Magna Charta Libertatum*, firmada pelo rei João Sem-Terra, em 1215, na Inglaterra (DALLARI, 2010, p. 271; GRECO FILHO, 1998, p. 27; SARLET, 2009, p. 41). Mencionado pacto, conquanto representasse notadamente a outorga de privilégios feudais à nobreza inglesa, não estendidos ao restante da população, num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, serviu de ponto de referência a alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a proteção à propriedade privada (GRECO FILHO, 1998, p.

¹ Para um panorama geral e bastante expressivo das influências religiosas e filosóficas na formação do pensamento jurídico e das concepções “protojusnaturalistas” na Antiguidade greco-romana, recomendável a consulta a GIORGIO DEL VECCHIO (1972, v. 1, p. 37-73), JOHN M. KELLY (2010, p. 1-101) e MICHEL VILLEY (2009, p. 3-74).

² INGO WOLFGANG SARLET (2009, p. 41) anota que a *Magna Charta Libertatum* não foi o único e nem o primeiro texto de tal natureza, destacando as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis nos séculos XII e XIII. VICENTE GRECO FILHO (1998, p. 29-30), ao seu turno, relembra como antecedentes dotados de grande relevância as “Constituições de Melfi”, de Federico II de Svevia.

27-29; SARLET, 2009, p. 41). Ademais, a singularidade do desenvolvimento jurídico-político inglês remonta ao entendimento que desde a Idade Média se criou e se consolidou sobre os limites do poder dos reis e os direitos dos súditos, o que atribui àquele documento um significado que transcende o de um simples texto em que se combinam aquisições bem particularizadas com um Direito natural de inspiração cristã (MIRANDA, 2002, p. 72).

A *Magna Charta Libertatum* é tida também como o ponto inaugural dos primórdios do constitucionalismo bretão (CANOTILHO, 2002, p. 55; MIRANDA, 2002, p. 71). De fato, a ideia de conferir sentido jurídico à Constituição de um povo teve seu berço na Inglaterra medieval, não pela afirmação direta de se tratar de uma instituição jurídica, mas indiretamente, pela compreensão da Constituição da sociedade como repositório e síntese de costumes consagrados pela tradição e reconhecidos pelo direito costumeiro, e evoluiu em seguida para solucionar conflitos políticos envolvendo diferentes interesses e concepções de legitimidade do poder, assim estabelecendo padrões de organização e de comportamento (DALLARI, 2010, p. 171-172). O constitucionalismo, posteriormente, já no século XVIII, espalhou-se pelo continente europeu e pela América do Norte, tomando ares de movimento notabilizado pela exigência comum de dotar os Estados de *Constituições escritas*, bem como agregando novos contornos e peculiaridades em cada contexto sociopolítico e histórico-geográfico que veio a alcançar. Destarte, é possível falar em vários constitucionalismos ou, ao menos, em vários *modelos de constitucionalismo*, se o considerarmos um *processo evolutivo*, ou um *projeto inacabado e em constante construção*, cujas vertentes mais se assemelham a fases que se acrescem, dentre os quais se costumam destacar como expoentes o inglês, o norteamericano e o francês (BARROSO, 2009, p. 10-33; CANOTILHO, 2002, p. 51; MIRANDA, 2002, p. 71-108; STRECK, 2002, p. 225-282).³ Em todas essas matrizes, todavia, vislumbrava-se a preocupação central de impor restrições ao poder do soberano, dirigidas à preservação de prerrogativas pessoais dos indivíduos contra abusos e desmandos.

³ Traço distintivo marcante entre os modelos de constitucionalismo inglês e francês é que o primeiro teve desenvolvimento progressivo e constante, lastreado na tradição histórica e na sedimentação e continuidade de conquistas da sociedade em relação à Coroa, ao passo que o segundo significava verdadeira e aberta ruptura com a ordem sociopolítica estamental e absolutista à época vigente e profundamente arraigada (CANOTILHO, 2002, p. 52-58; PALOMBELLA, 2005, p. 40-41). No que tange ao modelo de constitucionalismo norteamericano, originou-se a partir do congêneres inglês e da incorporação do pensamento político do século XVIII, postos perante as condições peculiares da América do Norte (MIRANDA, 2002, p. 84).

As observações acima permitem constatar que os vínculos entre os direitos fundamentais e a Constituição são mais antigos do que os que unem tais elementos à forma estatal moderna de organização político-comunitária. Nesse sentido, leciona DALMO DE ABREU DALLARI que

O constitucionalismo nasceu durante as disputas medievais pelo domínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Assim nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios. Muitos séculos depois, passando por várias etapas, se fará a ligação entre Constituição e Estado, mas bem antes disso já se tinha tomado consciência da necessidade da Constituição para a existência de um povo livre, no qual a organização e a convivência sejam baseados na justiça. (2010, p. 45)

Por sua vez, o Estado, na acepção de ordenação política unitária maior, estruturada em torno dos componentes essenciais *poder, povo e território*, é um fenômeno tipicamente moderno. HERMANN HELLER (1983, p. 79) acentua que ele, “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.” Ainda de acordo com HELLER (1983, p. 83-84), a palavra *Estado*, introduzida na literatura por NICOLAU MAQUIAVEL, em sua clássica obra *O Príncipe*, acertadamente designou uma ideia totalmente nova, posto que, a partir da Renascença, na Europa continental, as poliarquias, que até então tinham configuração territorial imprecisa e cuja coerência era instável, transformaram-se em *unidades de poder* contínuas e fortemente organizadas, com um único exército, um único corpo de funcionários e uma ordem jurídica unitária, impondo aos súditos o dever de obediência com caráter geral.⁴ Para J. J. GOMES CANOTILHO (1993, p. 37-38), o Estado é “uma categoria nuclear da semântica política da modernidade” e “vai perspectivar-se como *forma de racionalização e generalização do político* das sociedades modernas”.

Convém ressaltar a tensão inicial entre as noções de Estado, que em seu momento primeiro, como visto, significava *consolidação e concentração do*

⁴ LUIGI BOBBIO (1993, p. 67) afirma que o Estado, na conotação aludida no texto, surgiu primeiramente na Europa, entre os anos 1400 e 1600, e gradativamente se difundiu no restante do mundo. CANOTILHO (2002, p. 90), por sua vez, sustenta que o Estado, tal como caracterizado acima, corresponde essencialmente ao modelo emergente da Paz de Westfália (1648).

*poder*⁵, e as de direitos fundamentais e de Constituição, que desde muito cedo nutriam o escopo da *limitação do poder*. Pertinente colacionar o magistério de LENIO LUIZ STRECK:

O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, *através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe*. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração da Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787. (2002, p. 225)

Tal virtual atrito, entretanto, viria a ser dissolvido por completo a partir do final do século XVIII, com a consagração do conceito de Estado de Direito, fruto do ideário e das lutas por liberdade que assolaram a Europa e a América desde o século precedente e que consiste no Estado juridicamente limitado em seu poder por uma lei fundamental que assegure direitos individuais e discipline a partilha das funções dele entre órgãos diversos. Com efeito, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 26 de agosto de 1789, é emblemático ao preconizar ser desprovida de Constituição “a sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada ou a separação dos poderes estabelecida”. INGO WOLFGANG SARLET (2009, p. 58) sustenta que essa formulação paradigmática lançou as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa, bem como sedimentou definitivamente o íntimo liame entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. GIANLUIGI PALOMBELLA (2005, p. 138) critica, com razão, a permanência de “um decisivo atraso político-jurídico no fato de que essa ‘limitação’ valeu e nasceu para valer *não em relação ao Estado legislador, mas apenas ao Estado como administração pública*.” Sob outro ângulo, porém, forçoso reconhecer que o Estado de Direito preparou o caminho para o posterior advento do Estado Democrático de Direito, no século XX.

Explica CANOTILHO que,

Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que o Estado é um *sistema processual e dinâmico* e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente

⁵ Para um aprofundado exame dos vínculos entre a ascensão do Estado Moderno e o subsequente predomínio da concepção conhecida como *monismo jurídico*, consulte-se ANTONIO CARLOS WOLKMER (1997, p. 21-69).

originário e metaconstitucional. Além disso, o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como *Estado constitucional democrático*, porque ele é conformado por uma *lei fundamental* escrita (= constituição juridicamente constitutiva das “estruturas básicas da justiça”) e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à *legitimação democrática* [...]. (1993, p. 43)

LENIO LUIZ STRECK (2002, p. 225) afirma que a limitação que o constitucionalismo objetiva colocar no político assume diferentes feições, havendo chegado ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir das noções de Constituição dirigente e compromissória e de Estado Democrático de Direito.

Trata-se de uma *revolução copernicana* que trouxe profundas mudanças na compreensão do conteúdo do Direito, do seu papel perante a sociedade e do seu relacionamento com os demais subsistemas sociais, bem assim na definição das esferas legítimas de atuação das funções estatais desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e das fronteiras entre elas. Sobre o tema, discorre-se a seguir.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO: A HORA E A VEZ DAS CONSTITUIÇÕES NORMATIVAS E DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

No segundo pós-guerra, sobretudo depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, verificou-se a emergência de um novo e vigoroso constitucionalismo, de inspiração nitidamente humanista (DALLARI, 2010, p. 139-140), que conferiu à Constituição, Lei Maior do Estado, papel de primazia e de direcionamento em relação ao ordenamento jurídico-positivo. Com efeito, deixou ela de ser compreendida como mera “carta de intenções políticas” ou, pejorativamente, singela “folha de papel” dependente dos fatores reais de poder, passando a ser reconhecida como dotada de preponderância, de efetiva força normativa e de irradiação sobre todo o Direito infraconstitucional. Pioneiro na defesa de sua eficácia vinculativa, preleciona KONRAD HESSE que a Constituição

[...] não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social

e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas: elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (1991, p. 15)

No que tange a seu conteúdo, outrossim, as Constituições, em suas várias manifestações concretas no mundo ocidental, viram-se enriquecidas com a consagração do Estado Democrático de Direito, que se lastreia no valor fundamental da *dignidade da pessoa humana* e em imperativos axiológicos de *moral e justiça*. Como bem destaca DANIEL SARMENTO (2010, p. 172), “nos países dotados de constituições normativas que protegem direitos humanos, a moral racional foi trazida para o interior do Direito positivo e posta no seu patamar hierárquico mais elevado.”

O Estado Democrático de Direito consubstancia um aprofundamento das fórmulas do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um cerne utópico de transformação do *status quo*, isto é, um caráter prospectivo e emancipador (SILVA, 2002, p. 119; STRECK, 2002, p. 64).

Traço marcante e destacado do Estado Democrático de Direito, herdado do Estado Social, porém intensificado no novel modelo (STRECK, 2002, p. 85), é a previsão, no texto constitucional, de normas que estabelecem posições jurídicas subjetivas ativas invocáveis por seus titulares, no sentido de exigirem do ente público determinadas atuações positivas, de cunho jurídico ou material. Integram o gênero denominado *direitos a prestações em sentido amplo*, que abrange, como suas espécies, os *direitos à proteção*, os *direitos a organização e a procedimentos* e os *direitos a prestações em sentido estrito* (ALEXY, 2008, p. 433-519; SARLET, 2009, p. 189-190). Os últimos, também referidos como *direitos sociais prestacionais*, voltam-se, essencialmente, à melhoria das condições de vida e à consecução da igualdade material e da justiça social, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2009, p. 282).

Para NORBERTO BOBBIO (2004, p. 63), a multiplicação de direitos decorreu de três fatores básicos: o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e a consideração do próprio ser humano não mais como ente genérico, ou em sua abstração, mas na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade.

A problemática maior dos chamados direitos a prestações em sentido estrito, direitos sociais prestacionais ou simplesmente *direitos sociais* consiste na sua efetividade, quer-se dizer, na sua implementação prática e consequente fruição pelos beneficiários, conforme explana JOSÉ EDUARDO FARIA:

Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidas pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os “direitos sociais” não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos. Como não são *self-executing* nem muito menos fruíveis ou exequíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependente de um *welfare commitment*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos. (2004, p. 272-273)

Alguns aspectos pragmáticos são decisivos para gerar a crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Via de regra, as reais condições para o exercício dessas prerrogativas constitucionais precisam ser ainda criadas, e a criação delas se mostra economicamente mais custosa, mormente porque cada direito social costuma demandar uma prestação estatal exclusiva, que somente é aproveitada em sua realização, e não na de outros (SILVA, 2010, p. 241-242).

Em síntese, os direitos a prestações em sentido estrito dependem inexoravelmente de *políticas públicas* (CAMBI, 2009, p. 18), expressão que, em sentido lato, “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” (GRAU, 2005, p. 26). Para uma conotação mais restrita e adequada ao objeto em exame, faz-se pertinente o acréscimo do adjetivo *sociais*, a fim de concebê-las como atividades estatais destinadas a instituir órgãos, entidades, bens e serviços que concretamente proporcionem aos seus beneficiários, “mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva” (SARLET, 2009, p. 199).⁶

⁶ O compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º., § 6º., da Lei n. 7.347/1985, mostra-se um excelente instrumento para obter a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais sociais, possibilitando grandes vantagens em relação à solução adjudicada estatal, notadamente as maiores celeridade e efetividade e o afastamento das críticas dirigidas à expansão da jurisdição constitucional e à judicialização da política (CAMBI; LIMA, 2011, p. 132-139).

Ressalta LENIO LUIZ STRECK (2002, p. 64) que a Assembleia Constituinte que elaborou nossa Carta Magna de 1988 se inspirou fortemente em diplomas constitucionais produzidos em contextos histórico-políticos semelhantes ao que então vivia o país, isto é, de ruptura com regimes autoritários e de retomada da democracia, citando como exemplos os de Portugal, pós-Revolução dos Cravos, e Espanha, em seguida à queda da ditadura de Franco.

DANIEL SARMENTO (2010, p. 177-180), ao seu turno, exara que nossa vigente Constituição da República, sob a perspectiva simbólica, quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país, bem como que, estruturalmente, tem evidente caráter *compromissório*, isto é, não representa a cristalização normativa de alguma específica corrente ideológica ou cosmovisão, mas antes alberga uma concepção *pluralista*, resultante da composição possível entre a ampla variedade de forças políticas e de grupos de interesses que tiveram voz ativa em sua elaboração.

A atual Constituição Federal trouxe em seu art. 1º. a menção ao conceito de Estado Democrático de Direito, atribuindo expressamente à República Federativa do Brasil tal qualidade. Ademais, na esteira dos paradigmas inspiradores, elencou em seu bojo invulgar número de direitos, dotados destarte de *fundamentalidade formal e material* (ALEXY, 2008, p. 520-523; SARLET, 2009, p. 74-78).

As Constituições hodiernas desempenham relevante função na modificação da realidade, porquanto se notabilizam pela presença de *metarregras* sobre a produção do Direito, exatamente para vincular os Poderes Públicos, inclusive com a previsão de mecanismos contramajoritários, no escopo de dirigir a ordem jurídica à concretização dos direitos fundamentais de todos (CAMBI, 2009, p. 26-27). Significa que a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma *relação de adequação*, e portanto de *subordinação*, a um estrato mais alto de Direito estabelecido pela Constituição (ZAGREBELSKY, 2009, p. 34).

Essa nova maneira de ver a Constituição, que envolve o indeclinável compromisso de cumprir suas disposições e de realizá-la integralmente na vida cotidiana⁷, perpassa diferentes concepções doutrinárias que, grosso modo, diante da

⁷ A vontade de Constituição, de que fala KONRAD HESSE (1991, p. 19-20).

apontada identidade metodológica e teleológica, costumam ser agregadas sob a égide do *neoconstitucionalismo* (ALMEIDA, 2010, p. 18-25; BARCELLOS, 2012, p. 1-4; CAMBI, 2009, p. 21-54; MARINONI, 2008, p. 42-48; STRECK, 2009, p. 1-16).

Para GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 86-89), a Constituição do pluralismo não deve mais ser vislumbrada como uma ordenação abstrata e inexorável da realidade social, mas como um texto responsivo, uma referência à qual os seus atores haverão de recorrer a fim de encontrar soluções justas para problemas concretos. Propõe, pois, uma exegese de cunho tópico-retórico, que convida a doutrina e a jurisprudência a um papel criativo na efetivação das normas constitucionais.

Argumenta o autor que

[...] a constituição do pluralismo contemporâneo se pode considerar positiva enquanto é recriada continuamente pelo concurso de múltiplas vontades que, ao convergirem sobre ela e segundo os modos dessa convergência, a redefinem continuamente em seu alcance histórico-concreto. (2005, p. 82, tradução nossa)⁸

E, adiante, completa que

A legitimidade da constituição depende então não da legitimidade de quem a fez ou falou por meio dela, senão da capacidade de oferecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais precisamente, da capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição. (2005, p. 88, tradução nossa)⁹

GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 89-90) assevera ainda que, nessa tarefa de diuturna concretização e atualização, sobreleva a importância dos princípios, normas dotadas de grande plasticidade que promovem a real integração entre passado, presente e futuro, visto que consubstanciam formulações sintéticas das matrizes histórico-ideais do ordenamento jurídico que, por um lado, declaram as raízes, e, por outro, indicam uma direção, sendo, ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação.

ZAGREBELSKY (2009, p. 14) define o Direito da atualidade como *dúctil*, ou seja, flexível, maleável, pois reflete a exigência, muitas vezes nada fácil de

⁸ No original: “[...] la constitución del pluralismo contemporáneo se puede considerar positiva em quanto que es recreada continuamente por el concurso de múltiples voluntades que, em su converger hacia ella y según los modos de esa convergencia, la redefinem continuamente em su alcance histórico-concreto.”

⁹ No original: “La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y há hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas em la constitución.”

ser satisfeita, de acomodação e compatibilização concreta de valores, tendências, aspirações e interesses (até antitéticos, frise-se) que encontraram abrigo na Lei Maior.

Com efeito, o sistema jurídico¹⁰ de nosso Estado Democrático de Direito há que ser compreendido como um *sistema normativo aberto de regras e princípios*, que, conforme J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1145), ostenta os seguintes caracteres: 1) é um *sistema jurídico*, por ser um sistema dinâmico de normas; 2) é um *sistema aberto*, porque apresenta *estrutura dialógica*, consubstanciada na disponibilidade e na “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da *verdade* e da *justiça*; 3) é um *sistema normativo*, porquanto a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de *normas*; e 4) é um *sistema de regras e princípios*, pois suas normas tanto podem se revelar sob a forma de *regras* como sob a forma de *princípios*.

Impende, neste ponto, passar a uma breve análise comparativa dos princípios e das regras, fixando seus traços aproximativos e distintivos.

1.2 SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS: MARCANDO SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

A literatura sobre o modo de entender a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é vasta e constitui, por si mesma, uma demonstração eloquente não só do caráter problemático, senão também da relevância dessa distinção, que agora se presta a uma atenção crescente (ZAGREBELSKY, 2009, p.

¹⁰ O *sistema jurídico*, no magistério de JUAREZ FREITAS (2010, p. 63), é “*uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*” O conceito de *sistema*, por sua vez, como elucida CLAUS-WILHELM CANARIS (2008, p. 12-13), traz ínsitas, como seus componentes essenciais, as noções de *ordenação* e de *unidade*, as quais, segundo o autor (2008, p. 279-280), encontram sua correspondência jurídica nas ideias da *adequação valorativa* e da *unidade interior do Direito*. Para LOURIVAL VILANOVA (2010, p. 130-131), o Direito, “como experiência, tomado na *totalidade integrada de sentido* (Reale), é um sistema prescritivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema. São dois sistemas: um, cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, o *sistema da Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito*, como fonte *material* sua.” Reconhece o autor, por conseguinte, que a dogmática jurídica não é puramente *descritiva*, mas também *prescritiva*, ou, como prefere LUIS ALBERTO WARAT (2004, p. 31), é uma *doxa* (opinião), mais do que uma *episteme* (ciência).

109).¹¹ Antes, porém, de se apontarem os traços característicos que apartam os princípios das regras, cabe estabelecer aqueles essenciais que os aproximam e permitem visualizá-los como espécies de um gênero comum. Com efeito, é hoje cediço que tanto uns como as outras são *normas jurídicas*.¹²

ELIO FAZZALARI (2006, p. 49-50) leciona que a norma jurídica deve ser compreendida na esfera do *valor*, quer como algo aprovado ou preferível em dada cultura, quer, correlativamente, como critério de conduta axiologicamente ordenada.¹³ Para ele, a *juridicidade* da norma decorre de ser ela *vinculante*, no sentido de que a ação ou omissão concreta deva se conformar ao seu comando, e *exclusiva*, no sentido de que prevalece sobre normas advindas de outros estratos (por exemplo, as normas morais ou as religiosas). Em acréscimo, sustenta FAZZALARI (2006, p. 77-78) que a norma, sob a perspectiva de sua *estrutura*, no *plano lógico-formal*, consiste no *padrão de valoração de uma conduta*, articulando-se pela descrição do comportamento do ato que se pretende regular e pela ligação ao ato da qualificação de *lícito* ou *obrigatório*. Ou, como concebe ARTHUR KAUFMANN (2010, p. 147), é uma prescrição formada por uma previsão factual, uma consequência jurídica e a conexão entre aquela e esta (mandato de aplicação).

Enfatize-se que afirmar que as normas devem ser compreendidas na esfera do valor, ou que incorporem ou pressuponham valores, não significa, contudo, que norma e valor se confundam. Conforme bem sintetiza JÜRGEN HABERMAS (2003, p. 317), normas e valores se distinguem, em primeiro lugar, por suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação binária (lícito/ilícito, válido/inválido) ou gradual (relação de preferência) de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios que o

¹¹ Para elencos sintéticos, porém abrangentes, das teorias mais destacadas que se prestaram a estabelecer essa diferenciação, consultem-se EROS ROBERTO GRAU (2009, p. 173-188) e HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 35-40).

¹² TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2003, p. 101) aponta que a norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica, pois o jurista a adota como “seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc.”

¹³ ARTHUR KAUFMANN (2010, p. 147), expondo as duas principais teorias acerca da *natureza da norma jurídica*, quais sejam, a *teoria dos imperativos* e a *teoria das normas de valoração*, inclina-se pela segunda, sob o argumento de que algumas normas não são satisfatoriamente explicadas a partir de imperativos, citando os exemplos das permissivas e das de garantia. Outrossim, acrescenta que o legislador, antes de ordenar ou proibir, haverá que ter *valorado* o comportamento em causa como *devido ou indevido*.

conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer nos casos de colisões internas. Diante dessas diferentes qualidades lógicas, normas e valores não podem ser aplicados da mesma maneira.

Faz-se necessário salientar que a teoria jurídica contemporânea, influenciada sobretudo pela hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER (1999, p. 400 ss.), assimilou fortemente a diferenciação entre *texto* e *norma*¹⁴ e redefiniu o conceito e a função da *interpretação jurídica*.

Segundo HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 30), as *normas* “são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.” RICCARDO GUASTINI (2005, p. 23), ao seu turno, conceitua a interpretação jurídica como “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo”, ao passo que JUAREZ FREITAS (2010, p. 73) adverte que toda interpretação é desde logo *sistemática*, posto que implica a consideração do sistema jurídico como um conjunto coerente, isto é, “*comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito*”, ou, nas palavras de EROS ROBERTO GRAU (2009, p. 44), não se interpreta o Direito aos pedaços, em tiras.

Também merece ser frisado que, nessa nova ótica, interpretação e aplicação constituem um processo unitário e incindível, que toma os elementos do texto normativo e os do mundo empírico (um caso real ou meramente fictício) para a formulação da norma jurídica (GRAU, 2009, p. 35; MÜLLER, 2005, p. 50; STRECK, 2002, p. 199-213), na interioridade do *círculo hermenêutico*.¹⁵ Outrossim, passa-se a reconhecer ao intérprete certo *papel criativo* na atividade exegética, posto que ele verdadeiramente *produz a norma*, tal qual esclarece EROS GRAU:

Vale dizer: a *norma* encontra-se (parcialmente), *em estado de potência*, involucrada no *enunciado* (*texto* ou *disposição*); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da *norma* de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do *texto*, do *enunciado* – é que afirmo

¹⁴ *Diferença ontológica*, de acordo com LENIO LUIZ STRECK (2007, p. 222-224).

¹⁵ Logo, a *interpretação/aplicação* é sempre *concretamente situada* e depende inexoravelmente da *compreensão, existencial da condição humana* que, por sua vez, sedimenta-se na *pré-compreensão* do intérprete e nos seus *pré-juízos* (autênticos ou inautênticos). Ademais, tudo se passa em um *mundo vivido e intersubjetivamente compartilhado por meio da linguagem*, que deixa de ser uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto para se tornar *condição de possibilidade* do conhecimento. São as consequências do giro ontológico-linguístico ocorrido na Filosofia no século XX, que retirou de sua posição de centralidade o sujeito cognoscente e racional da Modernidade (paradigma da filosofia da consciência ou da metafísica moderna), conforme elucidam HANS-GEORG GADAMER (1999), EROS GRAU (2009, p. 110-117), LENIO STRECK (2010, p. 11-19) e ABOUD e OLIVEIRA (2008, p. 32-43).

que o intérprete *produz a norma*. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991:381]. (2009, p. 87)

A norma jurídica assim construída (uma de várias eventualmente possíveis), por outro lado, converte-se em *norma de decisão* tão-somente se e *quando* aplicada a um específico caso concreto por um “intérprete autêntico”, isto é, aquele capaz de exercer um *ato de poder* (GRAU, 2009, p. 89-90, 103). Destarte, o “intérprete autêntico” é qualquer *autoridade estatal* que, no âmbito de suas atribuições, tenha a incumbência de *decidir imperativamente* (DINAMARCO, 2005, p. 106-109; KELSEN, 1994, p. 387-395).

Partindo de todo o exposto, pode-se conceituar a norma jurídica como uma estrutura de sentido deôntica¹⁶, extraída de um antecedente (*prius*) significativo-comunicacional¹⁷ e assentada em uma valoração positiva ou negativa, a partir de critérios jurídicos¹⁸, tendo por objeto uma conduta humana¹⁹, sendo apreensível logicamente e expressável linguisticamente sob a forma de proposição hipotético-condicional prescritiva²⁰, trazendo um vetor permissivo ou mandamental (preceptivo ou proibitivo)²¹ e apresentando pretensões de decidibilidade de conflitos (isto é, de se tornar norma de decisão), vinculatividade (ou seja, de conformar concreta e imperativamente a conduta, inclusive, muitíssimas vezes, sob a ameaça de sanção) e exclusividade (quer-se dizer, de prevalecer sobre outras normas não-jurídicas)²². Tal conceituação procura cobrir todos os aspectos componentes da experiência jurídica, isto é, o *deontológico* (plano do *dever-ser*), o *axiológico* (plano do *valor*), o *ontológico-normativo* (plano do *ser do ordenamento jurídico*), o *lógico*

¹⁶ É um conjunto de dados da experiência passível de compreensão e indicativo de um *dever-ser*.

¹⁷ O(s) *texto(s)*, no caso do direito legislado, ou o *costume*, no caso do direito consuetudinário, sempre em relação com o recorte do mundo empírico sobre o qual haverá que incidir, ou seja, o *âmbito da norma*, na terminologia de FRIEDRICH MÜLLER (2005, p. 42-43).

¹⁸ É o ordenamento jurídico que fornece os elementos relevantes para tal apreciação.

¹⁹ O Direito é ordenação que se ocupa das ações e omissões dos seres humanos em sociedade (REALE, 2002, p. 377), ainda que possa tomar como *pressuposto de fato* (hipótese de incidência, descrição, *fattispecie*) da norma um *acontecimento da natureza*. De qualquer modo, esse acontecimento determinará como consequência jurídica a permissão ou a imposição de um *facere* ou um *non-facere*.

²⁰ Nos seguintes moldes: “Se *F* é, então deve ser *C*”, em que *F* representa o fato (natural ou humano) tomado como pressuposto pela norma e *C* a sua consequência jurídica.

²¹ Quer-se dizer, uma permissão (ou autorização) ou uma ordem para fazer ou não fazer.

²² Pretensões que podem ou não se realizar concretamente e que estão ligadas à *institucionalização da relação de autoridade*, que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2003, p. 108) anota como essencial para o caráter jurídico da norma.

(plano da *racionalidade jurídica*), o *coercitivo* (plano do *poder*) e o *fenomenológico* (plano da *eficácia social*)²³.

Os atributos acima indicados como constitutivos da juridicidade da norma são perfeitamente identificáveis assim nas regras quanto nos princípios, embora cada qual mostre peculiaridades, que serão vistas a seguir, com a análise dos critérios elencados pelos estudiosos como adequados para a sua distinção.

Predomina atualmente na doutrina²⁴ a diferenciação dita *estrutural* ou *qualitativa* entre regras e princípios (ALEXY, 2008, p. 85-86; ÁVILA, 2009, p. 37; STRECK, 2009, p. 502-504), elucubrada inicialmente por RONALD DWORKIN e refinada especialmente por ROBERT ALEXY, segundo a qual as espécies normativas em apreço se distinguem por suas *estruturas lógicas*, reveladoras de suas respectivas e contrastantes *qualidades*, muito bem resumidas por CANOTILHO:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância,

²³ Com inspiração em referenciais teóricos oferecidos por GIORGIO DEL VECCHIO (1972, v. 2, p. 7-74), ANTONIO CARLOS WOLKMER (1997, p. 155-254), CARLOS MARÍA CÁRCOVA (1998, p. 115-119), MIGUEL REALE (2002, p. 300-314, 562-617), TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (2003, p. 31-51), LUIS ALBERTO WARAT (2004, p. 53-83), EROS ROBERTO GRAU (2005, p. 17-190; 2009, p. 63-314), GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 80-91) e LENIO LUIZ STRECK (2007, p. 91-289), dentre outros, recusa-se aqui uma visão *reducionista* ou *unilateral* do Direito, sem olvidar, contudo, que a perspectiva adotada em determinado estudo é capaz de fundamentar um corte *epistemológico* ou *metodológico*, privilegiando um dos aspectos em relação aos demais. Convém dizer, sob uma ótica hermenêutica, que tal limitação só pode se situar no *nível apofântico* (vetor de racionalidade de segundo nível), isto é, da explicitação e justificação do compreendido, e nunca no *nível hermenêutico* (vetor de racionalidade estruturante), ou seja, da própria compreensão, porquanto esta há sempre que absorver o fenômeno jurídico em sua integralidade.

²⁴ Consultem-se, por todos, RONALD DWORKIN (2010, p. 35-50), ROBERT ALEXY (2008, p. 85-120), J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1145-1150), LUÍS ROBERTO BARROSO (2001, p. 106-108), EDUARDO CAMBI (2009, p. 90-97), VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 44-56) e WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (2005, p. 394-395).

ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas). (2002, p. 1147-1148)

HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 39) esclarece que os critérios usualmente empregados pela corrente majoritária para efetuar a diferenciação estrutural-qualitativa são quatro: 1) o do *caráter hipotético-condicional*, que se funda no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo “*se, então*”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto, constituindo “um primeiro passo”; 2) o do *modo final de aplicação*, segundo o qual as regras são aplicadas de modo absoluto (“tudo ou nada”), ao passo que os princípios admitem gradação (“mais ou menos”); 3) o do *relacionamento normativo*, que se baseia na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, enquanto o relacionamento entre os princípios consiste em um imbricamento solúvel mediante ponderação que atribua dimensão de peso a cada um deles; 4) o do *fundamento axiológico*, que estaria presente nos princípios e não nas regras. Todavia, de acordo com o autor (2009, p. 39-40), os mencionados critérios são suscetíveis de críticas.²⁵

No que tange ao primeiro, do *caráter hipotético-condicional*, além de *impreciso*, porquanto não indica qual seria o aludido “primeiro passo” para encontrar a regra, parte do equivocado pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo que lhes dá suporte, quer-se dizer, do texto objeto da interpretação. Confunde, assim, enunciado e norma, bem como olvida que qualquer norma, tanto regra como princípio, pode ser reformulada linguisticamente de modo a tomar o formato proposicional-hipotético, isto é, a apresentar uma hipótese de incidência conectada a uma consequência jurídica. O ponto decisivo, pois, não está na ausência de prescrição de comportamentos e de consequências nos princípios, mas no tipo dessa prescrição, o que é algo diverso (ÁVILA, 2009, p. 40-43).

Quanto ao segundo e ao terceiro critérios, do *modo final de aplicação* e do *relacionamento normativo*, não é correto afirmar que as regras têm caráter absoluto e que o conflito entre elas sempre ostenta natureza abstrata e

²⁵ A exposição integral dessas críticas é inviável nos limites metodológicos que balizam este trabalho, por fugir da necessária linha de raciocínio que deve nortear o seu desenvolvimento e conduzir ao tema objeto da dissertação. Para o quadro completo delas, com vários e pertinentes exemplos, ver HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 40-64).

determina a invalidade de alguma ou a criação de uma exceção, ou que os princípios sempre concorrem e se limitam reciprocamente na normação de um caso, por sopesamento. Exemplificando, podem-se imaginar situações em que o pressuposto de fato de uma regra se realiza e sua consequência não é aplicada, sem que se tenha fulminado a sua validade ou instituído abstratamente uma exceção²⁶, ou, ao contrário, em que aquele pressuposto não se realiza e, ainda assim, a consequência é aplicada²⁷. Trata-se de uso da ponderação também no que concerne às regras. Por outro lado, o que se dá com os princípios colidentes não é propriamente uma limitação recíproca, mas o verdadeiro afastamento de um, considerado inaplicável diante das razões sopesadas, pelo outro, ao qual se reconheceu dimensão de peso maior (ÁVILA, 2009, p. 44-63).²⁸

Por fim, no que concerne ao quarto critério, do *fundamento axiológico*, é equivocado sustentar que esteja presente apenas nos princípios, e não nas regras. Repetindo o que se colacionou alhures, a norma jurídica, qualquer que seja sua espécie, deve ser compreendida na esfera do *valor*, quer como algo aprovado ou preferível em dada cultura, quer, correlativamente, como critério de conduta axiologicamente ordenada (FAZZALARI, 2006, p. 49-50). Ademais, a regulação jurídica de um comportamento supõe a prévia *valoração* deste como *devido ou indevido* (KAUFMANN, 2010, p. 147).

HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 68-78), buscando superar as insuficiências da diferenciação estrutural-qualitativa, expõe sua proposta de

²⁶ Quando houver razões contrárias justificáveis, devidas a circunstâncias fáticas não previstas, mas incompatíveis com a *ratio* da instituição da regra ou com o princípio que lhe sobrejuz, ou quando ocorrer antinomia (em sentido lato) insolúvel pelos critérios hierárquico, temporal ou da especialidade, operando não no plano da *validade*, mas no da *eficácia*. Nesta hipótese, as regras convivem harmonicamente em abstrato, porém vêm a entrar em conflito no caso concreto, impondo que uma delas deixe de ser aplicada.

²⁷ É o caso do emprego da *analogia*, método integrativo de lacunas por meio do qual uma regra que disciplina determinada situação da vida, e não outra bastante similar, tem sua consequência jurídica estendida sobre esta. Costuma-se sintetizar seu fundamento jurídico no brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* e, por óbvio, não pode ser utilizada quando vedada pelo sistema (por exemplo, como se dá com a analogia *in malam partem* no Direito Penal).

²⁸ Sobre os conflitos/colisões entre regras e princípios, HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 105) registra deverem ser solucionados, primeiramente, pelo *critério hierárquico*. Assim, se um princípio constitucional se contrapõe a uma regra legal, há que prevalecer o princípio; ao revés, se uma regra constitucional se confronta com um princípio legal, há que prevalecer a regra. Por outro lado, se as normas tiverem mesmo patamar hierárquico, afirma dever prevalecer a regra, porquanto esta traz uma solução específica e preliminarmente decisiva para o caso. Porém, ressalva a hipótese de se constatar razão extraordinária que impeça a aplicação da regra. Para visão diversa, que contudo se restringe a analisar conflitos ocorrentes entre princípio constitucional e regra infraconstitucional, recomenda-se a leitura de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 51-56).

distinção, que apresenta como *dissociação heurística e em alternativas inclusivas*.²⁹ Para ele, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas no texto e nem a ele pertencem, mas são, antes, produzidas pelo próprio intérprete, o que retira da diferenciação quer o seu valor empírico, sustentado pelo objeto da interpretação, quer o seu valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Por conseguinte, acrescenta, um ou mais dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles, podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados normativos aplicativos³⁰, desde que experimentem, respectivamente, uma dimensão imediatamente *comportamental, finalística* ou *metódica*. Finalmente, enuncia como adequados para distinguir as espécies normativas os critérios da *natureza do comportamento prescrito*³¹, da *natureza da justificação exigida*³² e da *medida da contribuição para a decisão*³³, o que lhe permite conceituá-las nos seguintes termos:

*As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade*³⁴ e abrangência, para cuja

²⁹ Impende frisar que as críticas do autor levaram à réplica por parte de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 56-64), em defesa do posicionamento dominante. Especificamente no que toca à nova proposta distintiva, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 63) a acusa de mais confundir do que esclarecer, sobretudo por inserir numerosos elementos que, a seu ver, além de dificultarem a inteligência, não são imprescindíveis à correta e suficiente diferenciação entre os dois conceitos.

³⁰ *Postulado normativo aplicativo*, na lição de HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 124), consiste em uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação, qualificando-se portanto como *metanorma* ou *norma de segundo grau*. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 168-169), entretanto, não admite essa categoria, refutando-lhe a importância e a validade metodológicas.

³¹ “Enquanto *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.” (ÁVILA, 2009, p. 71)

³² “A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.” (ÁVILA, 2009, p. 73)

³³ “Os princípios consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. [...] Já as regras consistem em normas *preliminarmente decisivas e abarcantes*, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.” (ÁVILA, 2009, p. 76)

³⁴ Um breve esclarecimento terminológico: calha salientar que o significado da expressão *pretensão de decidibilidade* aludido pelo autor não coincide com o que se empregou, linhas acima, para indicar um dos caracteres que definem a norma jurídica. HUMBERTO ÁVILA usa a expressão com

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (2009, p. 78-79)

LENIO STRECK (2009, p. 504-505), a seu turno, adverte que a distinção estrutural-qualitativa se origina de um *conceito semântico de norma*, que é *a priori* e serve de gênero para a determinação das espécies regras e princípios. De acordo com o autor, contudo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido, uma vez que a norma não existe sem a interpretação, e esta não se faz sem um caso, hipotético ou real. Por isso, os princípios e as regras são como *condições de possibilidade da normatividade*, visto que a partir deles se determina a obrigação jurídica a ser cumprida, o que implica a impossibilidade de um conceito de norma que antecipe aquelas naturezas específicas. Assevera que *“norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico”* (2009, p. 505). A proposta de diferença de LENIO STRECK³⁵ (2009, p. 517-518), que ressalta não ser de *distinção/cisão*, é portanto bastante peculiar, fincando raízes na teoria integrativa de DWORKIN e na descoberta do caráter unificador dos princípios, considerados marcos da institucionalização da autonomia do Direito. Preleciona que as regras não acontecem sem os princípios e que estes atuam sempre como determinantes para a concretização do Direito, devendo em todo caso concreto conduzir à definição da resposta adequada. As regras constituem modalidades objetivas de soluções de conflitos que ordenam o que deve ou não ser feito, ao passo que os princípios autorizam essa ordem, dotando o caso decidido de autoridade que, hermeneuticamente, vem do reconhecimento da legitimidade. Os princípios, assim, recuperam e introduzem o mundo prático (ético) no Direito, “cotidianizam” e “densificam” as regras, promovem a sua “desabstratalização”, tornam-se uma espécie de “redenção da existência singular da regra”. Disso resulta que os princípios, *ao invés de abrirem a interpretação, fecham-na*, pois indicam o modo correto de decidir.

o sentido de *pretensão de trazer uma disciplina decisiva, definitiva, “pronta e acabada”, para determinado caso*, ao passo que dela se valeu o presente trabalho, como naquele trecho já adiantado, com o sentido de *pretensão de se converter em norma de decisão*.

³⁵ Há que se deixar claro que o autor se refere aos *princípios constitucionais*, pois nega a existência de outros no plano infraconstitucional.

No magistério de LUIGI FERRAJOLI (2010, p. 42-46), a distinção estrutural-qualitativa entre os princípios e as regras envolve um sofisma, pois ambos são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: os princípios, com referência ao seu respeito; as regras, com referência à sua violação e à sua conseqüente aplicação. Aduz ser prova disso que mesmo as regras, quando observadas, exsurtem como princípios, que não se aplicam, mas se respeitam; ao passo que os princípios, até os mais vagos, quando violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam. Assim, exemplifica, a observância das normas sobre o homicídio, sobre as lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada, enquanto o princípio constitucional da igualdade, quando violado, surge como regra em relação à sua violação, exatamente a que proíbe as discriminações. A seu ver, portanto, a diferença entre princípios e regras não é estrutural-qualitativa, mas meramente de *estilo*. Atenta, por fim, não se tratar de uma questão de palavras, tendo aquela contraposição relevantes implicações práticas, dentre as quais frisa como aspecto mais insidioso o radical enfraquecimento da força vinculante dos princípios, sujeitos que ficam a discricionária ponderação.

Sobre as críticas de LENIO STRECK, é cabível afirmar que vislumbrar a norma jurídica (regra ou princípio), em sua realidade e individualidade, como *resultado da interpretação*, que só se concretiza em cada caso na *applicatio*, não impede a formulação de um *conceito de norma jurídica*, no plano lógico-formal (ou, se assim se preferir, no *nível apofântico*), reconstruído mediante procedimento indutivo que identifique os traços essenciais e constantes daquele fenômeno, presentes em ambas as suas espécies, e os lance a patamares de generalidade e abstração, servindo em seguida para confrontar novas realidades e facilitar a aferição de seu enquadramento ou não naquele módulo conceitual, bem como em uma ou outra das espécies. Aliás, foi o que se fez alhures, ao deixar registrada nesta dissertação a conceituação de norma jurídica, e é o que, grosso modo, presta-se a fazer a Teoria Geral do Direito, ramo importantíssimo da ciência jurídica, com os *institutos, conceitos e categorias jurídicas fundamentais*. Outrossim, existem princípios não só constitucionais, mas também infraconstitucionais ou legais. Um exemplo de *lei principiológica*, de acordo com NELSON NERY JR. (2001, p. 444), é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), uma vez que contém preceitos gerais e fixa os princípios fundamentais das relações de consumo.

Quanto à observação de LUIGI FERRAJOLI de que os princípios e as regras se diferenciam, em última análise, somente sob o aspecto de sua expressão lógico-linguística, parece ripristinar em certa medida a vetusta confusão entre *texto* e *norma*, superada pela teoria jurídica contemporânea.

A proposta teórica de HUMBERTO ÁVILA, de *dissociação heurística e em alternativas inclusivas*, portanto, é a que se afigura mais pertinente para compreender as características que apartam princípios e regras, como espécies de normas jurídicas. Com efeito, além de superar algumas deficiências e incongruências encontráveis na distinção estrutural-qualitativa e também nas que pretenderam criticá-la, adrede apontadas, *abre novo e amplo horizonte interpretativo*, ao frisar a existência de normas principiológicas também no nível da legislação infraconstitucional e a possibilidade de um enunciado, um conjunto deles ou a sua implicação lógica poderem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados normativos aplicativos, dependendo somente da visualização sob a perspectiva *comportamental, finalística* ou *metódica*.³⁶ Tal ideia será de capital importância ao se proceder, mais adiante, às (re)leituras dos escopos do sistema processual jurisdicional no Estado Democrático de Direito³⁷ e do art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal³⁸. Não devem ser ignoradas, entretanto, as contribuições de GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 89-90)³⁹ e LENIO STRECK (2009, p. 517-518) para a inteligência das dimensões histórico-ideal e institucional-prática dos princípios constitucionais e de sua importância para garantir a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, sem obstar sua evolução e seu aperfeiçoamento, bem como a advertência de LUIGI FERRAJOLI (2010, p. 44) acerca do risco de diminuição da força normativa dos princípios decorrente de uma ponderação despida de bases mais definidas.

Encerrando o presente tópico, é correto concluir que o modelo de princípios e regras se mostra o melhor para um Estado Democrático de Direito que acolha pretensões pluralistas (ALEXY, 2008, p. 135; ÁVILA, 2009, p. 120-122; CANOTILHO, 2002, p. 1148-1149). Com efeito, um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras teria limitada racionalidade prática e exigiria uma

³⁶ Sem que isso signifique abraçar o “panprincipiologismo” denunciado por LENIO STRECK (2009, p. 475-496), posto que toda interpretação jurídica deve partir de um contexto intersubjetivo e respeitá-lo.

³⁷ Ver *infra*, 2.1.

³⁸ Ver *infra*, 3.2.

³⁹ Ver *supra*, 1.1.

disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas, sem deixar válvulas de escape para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema, tal qual o constitucional, que é necessariamente aberto, porquanto não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias e do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade plural, aberta e dinâmica. Já um sistema baseado exclusivamente em princípios também levaria a consequências inaceitáveis, como a indeterminação, a inexistência de regras precisas e a coexistência de princípios conflitantes, solapando a segurança jurídica e sendo tendencialmente incapaz de reduzir sua própria complexidade.

A seguir, passa-se ao estudo de como a Constituição desenvolve sua força normativa sobre todo o ordenamento jurídico, invadindo-o e permeando-o, bem como das peculiaridades apresentadas pela nova maneira de interpretá-la defendida por ampla parcela da doutrina, que seria exigida não só por sua estrutura de princípios e regras, mas também pela inédita função transformadora que se lhe reconheceu perante a realidade social a partir da segunda metade do século XX.

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A “NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL”

É inegável que, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, a Constituição tomou o lugar dos códigos, passando a condicionar a compreensão dos textos normativos inferiores (CAMBI, 2009, p. 58). A lei, antes medida de todas as coisas no campo jurídico, cede espaço à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mensuração, é destronada em favor de uma instância mais alta (ZAGREBELSKY, 2009, p. 40). Mais do que isso, houve a revalorização do Direito, que passou a ser reconhecido como dotado de potencial transformador da realidade social (CAMBI, 2009, p. 22-27; HESSE, 1991, p. 24; STRECK, 2002, p. 27-28). Outrossim, a maioria das Constituições originadas naquele período veio a incorporar mecanismos de jurisdição constitucional ou a fortalecer e ampliar os já existentes (SARMENTO, 2010, p. 172).

A supremacia da Constituição implica necessariamente, além da vinculação dos Poderes Públicos às suas disposições, a sua irradiação sobre todo o Direito positivo infraconstitucional e sobre as práticas jurídicas, políticas e sociais, fenômeno que se denomina *constitucionalização do ordenamento jurídico*. RICCARDO GUASTINI (2001, p. 153) o concebe como o processo de transformação de um ordenamento, em cujo término este resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Para ele, um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de determinar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, de balizar a ação dos atores políticos e as relações sociais.

Sete são as condições que devem estar presentes para que um ordenamento jurídico seja considerado completamente penetrado pelas normas constitucionais: 1) uma *Constituição rígida*, isto é, escrita e protegida contra as investidas do legislador ordinário, por meio da tipificação de um procedimento especial e mais solene e dificultoso para sua modificação; 2) a *garantia jurisdicional da Constituição*, com a previsão de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a cargo de órgãos jurisdicionais comuns ou de Cortes Constitucionais, ou ainda de ambos; 3) a *força vinculante da Constituição*, quer-se dizer, a ideia de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo, é uma norma jurídica genuína, obrigatória e passível de produzir efeitos jurídicos; 4) a *“sobreinterpretação” da Constituição*, isto é, sua exegese extensiva, de maneira tal que dela se extraiam inúmeras normas implícitas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, sem deixar “espaços vazios” de Direito Constitucional e regulando previamente toda decisão legislativa; 5) a *aplicação direta das normas constitucionais*, independentemente da *interpositio legislatoris* e até contra ela, mesmo nas relações entre particulares; 6) a *interpretação conforme das leis*, ou seja, aquela que adapta ou harmoniza a lei com a Constituição, elegendo, frente a uma dupla possibilidade interpretativa, o significado (a norma) que evite a contradição entre ambas, de modo a conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional; e 7) a *influência da Constituição sobre as relações políticas*, dependente de diversos elementos, dentre os quais se podem mencionar a previsão de instrumentos para a resolução de desacordos políticos concernentes às relações de poder entre os órgãos do Estado, a postura expansiva (*not self-restraining*) dos

juízes e tribunais na aferição da legitimidade constitucional de atos legislativos ou governamentais e o emprego das normas constitucionais na argumentação política (GUASTINI, 2001, p. 154-164).

DANIEL SARMENTO (2010, p. 169) admite que a constitucionalização do Direito, sobretudo no Brasil, antes acostumado a um “constitucionalismo de fachada”, é uma grande vitória, digna de celebração. Entretanto, adverte que não é uma vitória sem custos, pois suscita também alguns problemas, dentre os quais destaca dois. Primeiramente, constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias; logo, a constitucionalização excessiva do Direito pode ser antidemocrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva. Em segundo lugar, a constitucionalização do Direito é capaz de provocar certa anarquia metodológica, a qual tem ocorrido em nosso país no que toca à *filtragem constitucional das leis e atos normativos*, muitas vezes realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, por conseguinte podendo comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.

Do exame das condições acima elencadas é possível perceber que a interpretação/aplicação da Constituição ostenta crucial importância para assegurar suas efetivas supremacia, força normativa e irradiação pela ordem jurídica e pelos hábitos da sociedade. Daí ser usual falar em uma específica *hermenêutica constitucional*, com características e peculiaridades que a distinguiriam claramente daquela dos textos infraconstitucionais (GUERRA FILHO, 2005, p. 391).

KONRAD HESSE (1991, p. 22-23) leciona que a interpretação constitucional está submetida ao *princípio da ótima concretização da norma*, que não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, fazendo tábula rasa dos fatos concretos da vida. Assim, a interpretação adequada é a que logra concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação. Consequentemente, a alteração das relações fáticas enseja também mudanças na interpretação da Constituição, ao mesmo tempo que o sentido da proposição jurídica estabelece os limites da interpretação e de qualquer mutação normativa.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 155-157) aponta que a interpretação da Constituição compartilha as características comuns à tarefa hermenêutico-jurídica em geral, quais sejam, a *linguisticidade*, a *literalidade*, a

objetividade, a necessidade, a contextualidade e a mutabilidade. A exegese dos enunciados constitucionais, portanto, tem por parâmetro a sua linguagem, que deve ser comum a todos os seus destinatários (legislador, juiz e comunidade); há que partir da (mas não se esgotar na) captação do sentido literal daqueles e da suficiência do texto, sem buscar uma *vontade oculta* nele (do legislador ou da lei); impõe-se para solucionar uma determinada questão concreta da vida social; revela o significado dos dispositivos no momento da aplicação, em sua interação com os fatos regulados; e está sujeita a transformações no curso histórico. Outrossim, acentua o autor que a interpretação constitucional tem a singularidade de trabalhar essencialmente com princípios, ao invés de regras.

A doutrina não apresenta unanimidade sobre qual a técnica ou o método interpretativo mais adequado, porém costuma identificar uma série de *cânones* ou *princípios orientadores* próprios da hermenêutica constitucional, cujo escopo primordial é obter a citada *ótima concretização da norma*. Tal catálogo, de acordo com CANOTILHO (2002, p. 1209), foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante e se tornou um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 171), por sua vez, esclarece que eles são simples tópicos ou pontos de vista, que se manejam como argumentos ou fórmulas persuasivas para a solução dos problemas de interpretação, mas que, como tais, não habilitam o intérprete nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica.⁴⁰ Diante desta observação, que justifica a desobrigação de maiores aprofundamentos quanto ao conteúdo de cada um, limita-se o trabalho a mencionar e conceituar sucintamente os que ordinariamente se arrolam: 1) o da *unidade da Constituição*, segundo o qual esta deve ser interpretada de forma a evitar contradições, antinomias ou antagonismos entre suas disposições; 2) o da *concordância prática ou harmonização*, que impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos concretamente em conflito, de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; 3) o do *efeito integrador*, que preconiza dever ser dada primazia, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, aos critérios ou às perspectivas

⁴⁰ Para um abrangente elenco dos métodos interpretativos comumente referidos, consultem-se J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1196-1201) e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 157-170). Registre-se, contudo, a advertência de FRIEDRICH MÜLLER (2005, p. 1), segundo quem metódicas jurídicas “não fornecem à ciência jurídica e às suas disciplinas setoriais um catálogo de técnicas de trabalho inquestionavelmente confiáveis nem um sistema de hipóteses de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente.”

que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política; 4) o da *correção*, “*justeza*” ou *conformidade funcional*, que visa a impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções nela estabelecida; 5) o da *máxima efetividade*, pelo qual há que se atribuir a um enunciado constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê; 6) o da *força normativa da Constituição*, que exige a prevalência de pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos dela, contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental; e 7) o da *interpretação conforme a Constituição*, segundo o qual, no caso de textos infraconstitucionais polissêmicos, deve-se preferir a interpretação que lhes confira significado em conformidade com a Lei Maior (CANOTILHO, 2002, p. 1209-1213; COELHO, 2010, p. 174-182; GUERRA FILHO, 2005, p. 403-405).

LENIO STRECK (2002, p. 199-200, 220), contudo, mostra-se receoso em relação à defesa dessa específica hermenêutica constitucional, enquanto algo autônomo, sustentando que proporciona a afirmação do paradigma objetificante da filosofia da consciência e dá azo a interpretações *ad hoc* da Constituição, por percebê-la como uma ferramenta que está “à disposição” do intérprete e cujo conteúdo virá a ser “confirmado” pela técnica ou método de interpretação, perdendo-se com isto o *núcleo político* da Lei Fundamental. Como consequência, prossegue, tudo o que dela emana é, ou pode vir a ser, relativizado, quer-se dizer, dependendo da técnica ou método de interpretação utilizado, exurgirá um resultado diferente. Isso acarreta sério problema para o Direito Constitucional, porque a Constituição deve ter um caráter *material/substancial*, já que é constituidora da própria sociedade, é a explicitação do contrato social e o espaço de mediação ético-política da sociedade, significando, fundamentalmente, *constituir*. A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas o *ponto de estofa* em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e *social* (configuração social das condições de vida) do que se pode denominar de *essência* do constitucionalismo do segundo pós-guerra (STRECK, 2009, p. 22).

Em linha similar, EROS GRAU (2009, p. 279-282) salienta que a interpretação da Constituição não é exclusivamente do texto da *Constituição escrita*, da *Constituição formal*, mas da *Constituição real*, compreendida como expressão do *ser político do Estado*. Por isso, o intérprete da Constituição não se movimenta no

mundo das abstrações, frequentando intimamente a *constituição* do povo ao qual ela corresponde, ainda que geralmente não tenha plena consciência de sua ação.

Fazendo coro a essas críticas, convém enfatizar que a tendência de se preconizar uma hermenêutica constitucional específica não consegue superar a visão da Constituição em sua dimensão meramente formal-textual, como uma “lei sobre leis”, ofuscando, quando não verdadeira e deliberadamente *ocultando*, seus mais profundos sentidos *político-compromissório* e *ético-comunitário*. Por outro lado, insistindo em fundamentar a interpretação em métodos aleatória e incontavelmente escolhidos pelo próprio intérprete, ao seu exclusivo talento, privilegia ainda a análise das significações linguísticas e das correlações e implicações lógicas de seus enunciados, em detrimento da realidade social, abre margem a subjetivismos e voluntarismos e está, por isso, em nítida contradição com a compreensão estruturada na *circularidade hermenêutica*.

Com efeito, no que tange ao primeiro ponto, a Constituição, como já dito, há que ser vislumbrada como mais que um singelo texto (STRECK, 2007, p. 310-311). Deve ser tida como um *existencial*, como algo que *faz parte do modo de ser no mundo do intérprete* e que lhe antecipa sentidos, os quais se apresentam como pré-juízos (autênticos ou inautênticos) para o processo de compreensão/interpretação/aplicação do Direito (STRECK, 2002, p. 195-198). Destarte, a correta inteligência dos significados e do papel da Constituição (pré-juízo autêntico) é condição necessária para a esmerada construção de uma norma jurídica adequada a ela.

Quanto ao segundo ponto, a reflexão hermenêutica que se espalhou pela ciência jurídica repudia a metodologia tradicional da interpretação, que não responde à questão de se saber por que motivo um determinado método deve ser escolhido em dado caso, ou seja, a existência de vários cânones/modelos interpretativos, agravada pela ausência de metarregras que ordenem, hierarquicamente, seu uso, importa que este, na realidade, mostre-se arbitrário, funcionando como justificativa, ou *álibi argumentativo*, para legitimar resultados já previamente almejados pelo intérprete e cujo alcance não é, porém, condicionado por tal uso (GRAU, 2009, p. 108-109). Não se olvide, por oportuno, que o método se situa não no *nível hermenêutico*, da compreensão mesma (vetor de racionalidade estruturante), mas no *nível apofântico*, da explicitação e justificação do compreendido (vetor de racionalidade de segundo nível). O método, assim, é um

posterius relativamente à compreensão (STRECK, 2010, p. 69-73). Ademais, não há como isolar, na atividade interpretativa, os diversos aspectos ou elementos considerados: toda interpretação será sempre *gramatical*, por partir de um texto jurídico; *teleológica*, visto não prescindir da finalidade da lei; *sistemática*, porquanto insere os enunciados interpretandos no ordenamento jurídico como um todo; e assim por diante (STRECK, 2002, p. 207-208).

Vale concluir, ante todo o exposto, que a interpretação correta, substancial e substancialista da Constituição, fator de crucial importância para assegurar suas efetivas supremacia, força normativa e irradiação pela ordem jurídica e pelos hábitos da sociedade, isto é, sua concretização, como salientado alhures, depende menos de um questionável arsenal técnico-metodológico do que da assimilação e do enraizamento de seus significados ético e sociopolítico mais profundos e do comprometimento com sua implementação na vida cotidiana.

Por outro lado, no contexto do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade pluralista ou aberta, a interpretação/aplicação constitucional não deve ser exclusividade de órgãos estatais, mas há que agregar, ainda que na qualidade de *pré-intérpretes* que colaboram com as tomadas de decisões daqueles, os próprios participantes, intervenientes e auxiliares dos processos públicos de concretização da Lei Maior, as forças e lideranças políticas, os grupos e as associações representativos de interesses, a opinião pública e os cidadãos, isoladamente ou de qualquer modo organizados, sem prejuízo da doutrina constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 19-28). Com efeito, se a Constituição deve desenvolver força normativa, a *vontade de Constituição*, que é o desejo de segui-la ou concretizá-la e atualizá-la, não pode permanecer restrita aos órgãos e agentes estatais e à ciência jurídica; a *observância da norma*, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, também já é *concretização dessa norma* (MÜLLER, 2005, p. 35-36).

A seguir, abordar-se-á o embate entre as correntes procedimentalistas e substancialistas acerca dos papéis da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, investigando qual delas oferece a resposta adequada para a realidade de nosso país.

1.4 O DILEMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PROCEDIMENTALIZAR OU SUBSTANCIALIZAR? A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DELICADA QUESTÃO DA SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O aprofundamento dos estudos acerca das relações entre o Direito, a política e a democracia, sob os mais diversos enfoques teóricos, culminou no desenvolvimento de posições ou teses que, em linhas gerais, podem ser agrupadas em dois eixos analíticos: o *procedimentalismo* e o *substancialismo* (STRECK, 2007, p. 40). A celeuma fundamental entre tais vertentes se sintetiza na discussão sobre os papéis da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

A corrente procedimentalista atribui à Constituição a tarefa de garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição dos valores e das opções políticas da comunidade. A corrente substancialista, ao seu turno, sustenta competir à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais (BARCELLOS, 2012, p. 6-7). Como consequência da adoção de um ou outro posicionamento, varia a extensão da admissibilidade da censura judicial das leis e dos atos normativos e governamentais. Enquanto os procedimentalistas reconhecem à jurisdição constitucional legitimidade para tal controle somente no que tange à verificação da correta observância dos procedimentos públicos de deliberação e formação da vontade coletiva, os substancialistas vão além, autorizando-lhe a averiguação conteudística dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como parâmetros as escolhas ético-políticas fundamentais cristalizadas na Lei Maior. Assim, uma visão fortemente substancialista tenderá a justificar um controle de constitucionalidade mais rigoroso dos atos e normas produzidos no âmbito do Estado, ao passo que uma percepção procedimentalista conduzirá a uma atitude mais deferente acerca do núcleo das decisões dos Poderes Públicos (BARCELLOS, 2012, p. 8).⁴¹

⁴¹ Novamente em vista dos limites metodológicos impostos a este trabalho, e a fim de evitar excessiva digressão que pouco ou nada contribuiria para a evolução da linha de raciocínio que conduz ao tema eleito como seu objeto, não se pretende traçar minucioso quadro dos principais defensores de uma e outra corrente e de seus argumentos. Para um panorama geral e bastante abrangente sobre o tema, consultem-se, dentre outros, EDUARDO CAMBI (2009, p. 281-289) e LENIO

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA (2007, p. 140-141), defensor do procedimentalismo, afirma que, por um lado, não é mais possível compreender o Estado como a corporificação e a instância única de estabilização de uma identidade ética, de uma dada forma de vida e de certos padrões de vida boa. Não há mais, portanto, como restringir a esfera pública ao ente estatal, como atestam os chamados *direitos fundamentais de terceira geração*. O público deve hoje ser visto como uma dimensão bem mais complexa do que simplesmente a de um *locus* estatal, isto é, como uma dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos. Sob outro ângulo, se até um passado bastante recente a homogeneidade artificialmente levada a efeito pelo processo formativo do denominado *Estado-Nação*, que propiciou a constituição de uma identidade política, era tida por indispensável para a garantia e a manutenção de uma república de cidadãos livres, hodiernamente a autoconsciência por parte de um consórcio de cidadãos livres e iguais perante o Direito requer o reconhecimento do pluralismo social e cultural.

Para DIERLE JOSÉ COELHO NUNES (2008, p. 216), no paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito se impõe a concomitante prevalência da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, especialmente na esfera estatal, em que existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos. Destarte, conforme exara ANDRÉ CORDEIRO LEAL (2008, p. 146), a forma de tornar possível a legitimidade permanente do ordenamento jurídico se dará mediante a institucionalização das condições para a ação comunicativa (ou condições pragmáticas do discurso), ou seja, pela garantia de constante participação dos destinatários das normas em sua produção, afastando a contingência de decisões arbitrárias ou que determinem o retorno continuado à autopoiese.

JÜRGEN HABERMAS (2003, p. 325-326), um dos maiores expoentes mundiais da corrente procedimentalista, preleciona que, no contexto do Estado Democrático de Direito e da ideia de auto-organização da comunidade jurídica, a Constituição não há mais que ser compreendida como uma ordem que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos, deixando de fora os poderes social, econômico e administrativo, nem como uma ordem jurídica global e concreta,

LUIZ STRECK (2002, p. 127-168, 2007, p. 38-61, 2009, p. 17-76), ambos trazendo fartas indicações bibliográficas.

destinada a impor *a priori* certa forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, ela determina procedimentos políticos mediante os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* são capazes de assegurar a legitimidade do Direito. Nessa ótica, cabe à jurisdição constitucional proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, examinando leis e atos normativos controvertidos especialmente sob o prisma dos pressupostos comunicativos e das condições procedimentais do processo de legislação democrático. Em suma, compete-lhe tutelar a integridade dos ritos político-constitucionalmente exigidos para a escoreta formação da vontade da maioria.

De acordo com LENIO STRECK (2009, p. 19-26), adepto em parte das teses substancialistas, estas, em oposição, colocam ênfase justamente na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para elas, reforça a relação Constituição-democracia. Com efeito, a regra contramajoritária traduz a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso do resgate das promessas da Modernidade, que apontará, simultaneamente, para vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais. As posturas substanciais, por isso, intensificam a força normativa da Constituição, ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais sociais a serem concretizados. Ademais, mostra-se difícil defender as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que o déficit de cumprimento dos direitos fundamentais sociais ainda é grande, parecendo muito pouco, mormente se considerada a pretensão de aqui se construírem as bases de um Estado Social, destinar ao Poder Judiciário o encargo de zelar apenas pelo respeito às normas procedimentais da política deliberativa.

Para LUÍS ROBERTO BARROSO (2009, p. 88-90), que também pode ser ligado ao substancialismo, a Constituição de um Estado Democrático de Direito reúne duas funções principais. Em primeiro lugar, incumbe-lhe veicular consensos mínimos, basilares para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem estar sujeitos à disposição de maiorias políticas ocasionais. Tais consensos, conquanto variem em razão das circunstâncias

políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, compete à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos, posto que há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo em cada momento histórico. Destarte, inexistente antagonismo entre o *constitucionalismo*, que significa em essência limitação do poder e supremacia da lei, e a *democracia*, que se traduz como soberania popular e governo da maioria, sendo antes fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre os preceitos materiais contemplados na Constituição e a deliberação majoritária as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das necessidades cotidianas, a cargo das autoridades políticas eleitas pelo povo.

Segundo ROBERT ALEXY (2008, p. 581), um modelo puramente procedimental de Constituição é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais, pois é definido pela negação de toda e qualquer obrigação legiferante (positiva ou negativa) material. Registre-se ainda a advertência de ARTHUR KAUFMANN (2010, p. 427), para quem os conteúdos do Direito e da justiça são demasiado importantes para serem deixados unicamente aos sempre parciais políticos.

ANA PAULA DE BARCELLOS (2012, p. 7), por sua vez, não vislumbra incontornável contradição entre o procedimentalismo e o substancialismo, argumentando que mesmo o primeiro, em suas diferentes linhas, admite que o funcionamento do sistema de deliberação democrática demanda a satisfação de determinadas exigências, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a escolhas valorativas ou políticas. De fato, não é possível haver deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de um mínimo de condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.

O debate entre procedimentalismo e substancialismo não será profícuo para a realidade brasileira se perder de vista nossa vigente Constituição da República de 1988 e o contexto histórico-geográfico e socioeconômico em que ela se insere. No magistério de J. J. GOMES CANOTILHO (1993, p. 75-76), a compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teórico e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente em um determinado país. Essa compreensão, portanto, há que ser “construída” com base em um específico diploma constitucional, e não derivada ou desenvolvida a partir da teoria da Constituição. Eis porque o conceito de Constituição deve ser *constitucionalmente adequado*.

Diante dessa acurada observação, forçoso concordar com DANIEL SARMENTO, que sustenta ser nossa atual Carta Magna nitidamente *substancial*, porque

[...] pródiga na consagração de valores substantivos. Ela não se contenta em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições materiais necessárias para tornar a democracia possível – embora também o faça. Ela não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental, já que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade. Ao dar forma jurídica a estes valores, convertendo-os em princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, mas não obstante dotados de plena normatividade, a Constituição prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico. (2010, p. 179)

Também LENIO STRECK (2009, p. 32-34) destaca que a Constituição da República de 1988 aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo Direito. É, portanto, uma pauta para a alteração das estruturas sociais, uma vez que reconhece as desigualdades e coloca à disposição os instrumentos para alcançar aquele desiderato. Trata-se de uma cláusula transformadora permanente, quer-se dizer, a Lei Maior veio a albergar os conflitos que antes eram ignorados pelos juristas. A Constituição, assim, não trata apenas dos meios, cuidando também dos fins, elencados no seu art. 3º., que exatamente caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente, voltado à construção de um Estado Social. A sua efetividade, por conseguinte, é agenda obrigatória de todos que se preocupam com a transformação de uma sociedade que, em cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais e sociais.

Todavia, mesmo se reconhecendo o caráter notadamente substancialista da Constituição, e tal qual alerta GUSTAVO ZAGREBELSKY (2009, p. 152), ela não deve ser concebida como um sistema fechado de princípios, mas como um contexto aberto de elementos, cuja determinação histórico-concreta, *dentro dos limites de elasticidade que tal contexto permite*, é deixada ao legislador, porquanto somente assim se torna possível a coexistência de uma lei constitucional que contenha princípios substantivos com o pluralismo, a liberdade da dinâmica política e a competição entre propostas alternativas. Segundo o constitucionalista italiano, pensar o contrário não só representa uma manifestação de soberba dos juristas, como também um risco “holístico” de *asfixia política por saturação jurídica*, situando a Constituição contra a democracia. Em linha similar, LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 12) leciona que a importância da Constituição, e do Judiciário como seu intérprete maior, não pode suprimir a política, o governo da maioria e o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser *ubíqua*. Respeitados os valores e fins constitucionais, cumpre à lei fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.

Frisada a filiação de nossa Lei Maior ao *paradigma substancial*, conclui-se que incumbe à jurisdição constitucional brasileira não somente o zelo pelas estruturas procedimentais democráticas político-deliberativas nela sedimentadas, como também a tutela das imposições constitucionais (positivas ou negativas) de cunho material, em especial as referentes aos direitos fundamentais. O controle da *compatibilidade vertical* dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, a cargo do Poder Judiciário, assume dessa maneira feição bastante ampla, o que desperta inevitavelmente a atenção para as questões de sua legitimidade democrática, da virtual tensão entre os âmbitos das funções estatais e dos riscos do chamado *ativismo judicial*. Com efeito, como justificar que o Poder no qual via de regra é investida uma exclusiva categoria de pessoas, isto é, os bachareis em Direito, e que é composto, em todos os seus órgãos e instâncias, por membros não-eleitos diretamente pelo povo, mas selecionados por meio de concursos públicos ou nomeados pelos chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal, possa fulminar de invalidade atos e deliberações oriundos dos detentores de mandatos populares ou cominar a estes determinadas ações ou omissões? De que fontes o Poder Judiciário haure sua legitimação democrática? Até que ponto lhe é dado desempenhar seus misteres sem invadir as esferas de competências

reservadas ao Legislativo e ao Executivo? E como evitar que posturas expansivas na interpretação e aplicação direta da Constituição abram margem a subjetivismos, a voluntarismos e ao arbítrio, instaurando uma verdadeira *ditadura judicial*?

Nos marcos do modelo albergado pela Constituição da República de 1988, é possível identificar e sistematizar três *fontes* primordiais que conferem à jurisdição constitucional sua legitimidade democrática.

A primeira delas diz respeito ao núcleo essencial da atividade típica que se reconhece à função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, razão por que parece conveniente denominá-la *funcional-material*. De acordo com LUIGI FERRAJOLI (2004, p. 25-27), as concepções da validade das normas no Estado constitucional e da relação entre a *democracia política* (ou *formal*) e a *democracia substancial* se refletem em um reforço do papel da jurisdição e em uma nova e mais robusta legitimação democrática do Poder Judiciário e de sua independência. Isto é, os desníveis entre normas, que estão na base da existência de normas inválidas, e, por outro lado, a incorporação dos direitos fundamentais no estrato constitucional, transformaram a relação entre o juiz e a lei e vieram a assinalar à jurisdição uma função de garantia do cidadão frente às violações de suas prerrogativas essenciais por parte dos Poderes Públicos. Nesta sujeição do juiz à Constituição e, em consequência, em seu papel de garante dos direitos constitucionalmente estabelecidos estão os principais fundamentos atuais da legitimação da jurisdição e da independência do Judiciário em face do Legislativo e do Executivo, ainda que sejam, ou precisamente porque são, Poderes de maiorias. Os direitos fundamentais, sobre os quais se assenta a democracia substancial, exatamente porque estão assegurados a todos e inclusive contra as maiorias eventuais, servem para embasar, melhor que o velho dogma positivista da sujeição à lei, a independência do Poder Judiciário, que está especificamente concebido para a garantia dos mesmos. Por conseguinte, o fundamento da legitimação da jurisdição constitucional não é outro senão o valor da igualdade como *igualdade em direitos*: a garantia dos direitos fundamentais exige um juiz imparcial e independente, subtraído de qualquer vínculo com os Poderes de maiorias e em condições de censurar, como inválidos ou ilícitos, os atos mediante os quais aqueles se exercem. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, e nem deriva da vontade da maioria, mas unicamente da intangibilidade dos direitos fundamentais, sendo portanto uma *legitimação de natureza substancial*. Incumbe ao juiz constitucional

fiscalizar tanto o legislador ordinário quanto o administrador público, quando violem a Constituição, independentemente do mérito dos atos legislativos, executivos ou administrativos (CAMBI, 2009, p. 212). Essa fonte *funcional-material* de legitimidade democrática, além de significar corolário lógico da estrutura escalonada do ordenamento jurídico e da posição de superioridade e prevalência da Lei Maior e dos direitos fundamentais nela insculpidos relativamente aos atos produzidos pelos Poderes Legislativo e Executivo, exsurge de forma positiva dos seguintes dispositivos da Constituição de 1988: art. 5º., *caput* (isonomia e inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) e inciso XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional); art. 36, inciso III, combinado com o art. 34, inciso VII (representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal para assegurar a observância, pelos Estados, dos princípios constitucionais sensíveis); art. 97 (previsão da declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos tribunais, exigindo para tanto o quorum de maioria absoluta dos seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais); art. 102, *caput* e seus incisos I e III e § 1º. (missão do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição e competências originárias e recursal relacionadas com o controle de constitucionalidade); art. 103 (mecanismos processuais para o controle concentrado de constitucionalidade); e art. 125, § 2º. (previsão do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em contraste com as Constituições Estaduais).

A segunda fonte a sustentar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser chamada de *processual*, visto que concerne ao *modo pelo qual aquela se desenvolve*, ou seja, o *processo*. O pensamento mais moderno, que encontra em ELIO FAZZALARI (2006, p. 109-124) seu precursor, tem refutado ao processo a natureza de *relação jurídica* e reabilitado no seu conceito a noção de *procedimento*, compreendido como *sucessão de atos normativamente disciplinados, vinculados reciprocamente e ordenados à preparação de um provimento imperativo, somado ao contraditório, percebido como garantia de participação nessa preparação, em situação de simétrica paridade, dos interessados, isto é, daqueles que serão diretamente atingidos pelo aludido provimento. Processo, portanto, é uma espécie de procedimento, justamente aquela realizada em contraditório.*

PEDRO MANOEL ABREU resume com maestria o novo panorama doutrinário:

O processo, nessa conjuntura, não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia, e por essa razão deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, além disso, deve produzir uma decisão legítima.

A identificação do processo como procedimento em contraditório entre as partes, emergente de uma estrutura normativa, suplanta a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é vislumbrado como oportunidade de participação paritária. É “garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação”. Nesse viés, a possibilidade garantida de participação em simétrica igualdade não se concilia definitivamente com vínculo de sujeição. A concepção mais contemporânea de processo, portanto, não o distingue de procedimento através de um critério teleológico, tampouco o compreende como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Assume, da perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, formulada por Habermas, as teses de Fazzalari, desenvolvidas por Gonçalves e também sustentadas por Cattoni e Marinoni. Nessa nova mirada, o processo se diferencia de procedimento, porque este é um conceito mais amplo. Procedimento é vislumbrado como gênero do qual o processo é espécie. Estas concepções emergem de um conceito renovado de procedimento e de processo, consonante com o atual estágio da teoria geral do direito e do sistema normativo que embasa tais conceitos. (2008, p. 427-428)

Por sua vez, para FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS (2009, p. 13-14), pode-se pretender a apropriação da teoria do processo como procedimento em contraditório como adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Cumprе enfatizar que o contraditório, nessa tendência doutrinária, além de passar a integrar a própria concepção de processo, deixou de ser visto nas limitadas expressões de *ciência bilateral dos termos e atos do processo e possibilidade de contrariá-los*, como deixou legado JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, ou de *informação necessária e reação possível*, na síntese de SERGIO LA CHINA (apud BADARÓ, 2000, p. 29), para ser contemplado como *garantia de participação em simétrica paridade no procedimento*. O contraditório ganha um significado sobretudo *político*, pois confere ao processo judicial uma *face democrática*, legitimando-o como instrumento para o exercício do poder estatal *sub specie jurisdictionis* (DAMASCENO, 2010, p. 79-86; MARINONI, 2008, p. 454-456). E o processo jurisdicional é assumido, a partir dessa ótica, como um *microcosmo da democracia participativa* (ABREU, 2008, p. 440; DINAMARCO, 2005, p. 27).

Assevera AROLDO PLÍNIO GONÇALVES que

A ideia da participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os “interessados e os contra-interessados” na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio. (1992, p. 127)

Trata-se da *construção participada da decisão* (BARROS, 2009, p. 14), reflexo da chamada *visão cooperativa do processo* (OLIVEIRA, 2011, p. 16). Outrossim, a decisão judicial necessita ser a mais correta, a mais justa, à luz dos elementos do caso concreto, pois o julgador, mesmo nas hipóteses que comportem mais de uma solução plausível, não ostenta poder de livre escolha ou discricionariedade. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação⁴², decorrente de sua efetiva correspondência à ordem jurídica (BARROSO, 2012, p. 14; MARINONI, 2008, p. 447-449; SARMENTO, 2010, p. 191).

A jurisdição constitucional, seja por via de ação (controle concentrado de constitucionalidade), seja por via de exceção (controle difuso de constitucionalidade), *sempre se exerce por meio do processo e culmina com um pronunciamento judicial*. E, nessa seara, quanto maior o espectro de abrangência dos efeitos do provimento, maior o número de entes legitimados a integrar o contraditório, isto é, *a participar democraticamente do procedimento que precede sua formação e com ele se conclui*.⁴³ Em acréscimo, o resultado final da atividade jurisdicional haverá que ser, invariavelmente, uma decisão dotada de adequada e suficiente fundamentação, que considere e sopesse seriamente as contribuições

⁴² É a chamada *representação argumentativa*, que, no plano da jurisdição constitucional, deve ser apta a suplantar a *representação política* (ALEXY, 2008, p. 544-574; MARINONI, 2008, p. 91-92).

⁴³ Observe-se, por exemplo, que no âmbito do *controle difuso de constitucionalidade*, em que a questão constitucional é apreciada *incidenter tantum*, como verdadeira prejudicial, e o provimento jurisdicional emitido em princípio deverá operar efeitos apenas *inter partes*, a imprescindível participação será destas, com a eventual possibilidade de assistência ou intervenção de terceiros, nas formas dos artigos 50 e seguintes do Código de Processo Civil. Por outro lado, tratando-se do *controle concentrado*, em que a verificação da constitucionalidade da lei ou ato normativo é o próprio *thema decidendum* e a decisão terá efeitos *erga omnes*, abre-se ampla oportunidade de participação, com a admissão da figura do *amicus curiae* (art. 7º., § 2º., da Lei n. 9.868/1999 e art. 6º., §§ 1º. e 2º., da Lei n. 9.882/1999), providência que confere aos chamados *processos objetivos* caráter pluralista (MENDES, 2010c, p. 1287) e por isso reforça a legitimação democrática da jurisdição constitucional (BUZINGNANI; GARCIA, 2010, p. 110-113; MANCUSO, 2011, p. 400-401).

argumentativas e probatórias trazidas pelos sujeitos processuais interessados. A fonte *processual*, que confere à jurisdição constitucional uma *legitimação de natureza democrático-participativa*, origina-se positivamente, no Texto Maior, da cláusula do devido processo legal, da garantia do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 5º., incisos LIV e LV, e art. 93, inciso IX).

Finalmente, merece registro uma terceira fonte, que se pode denominar *técnico-profissional*⁴⁴ e que fornece à jurisdição constitucional uma *legitimação por expressa delegação constitucional*. Conforme leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (2011, p. 91), incumbe precipuamente ao Poder Judiciário a aplicação da norma de regência aos casos concretos que lhe são apresentados, tratando-se sempre de atuação *a posteriori*, dependente de provocação e balizada por esta, o que se explica pelo fato de que a legitimidade dos julgadores não apresenta origem popular, e sim *de base técnica*. Ademais, como bem registra LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 11), a maioria dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercitada por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atividade é de natureza predominantemente *técnica e imparcial*.

Com efeito, o juiz, nos sistemas de tradição romano-germânica (*Civil Law*), não detém grande margem de liberdade criativa na aplicação do Direito, estando jungido ao *critério de legalidade*, em sentido lato, isto é, deve se ater aos dados objetivos extraídos da Constituição e dos atos normativos em geral (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos, portarias etc.), exigindo-se dele, por conseguinte, adequado preparo intelectual e técnico-científico e invulgares conhecimento e compreensão do ordenamento jurídico, além de idoneidade moral. Eis porque a Lei Maior mesma, atenta às peculiaridades do labor judicante e à necessidade de se escolherem aqueles que em tese se mostrem mais aptos a exercê-lo, instituiu dois modos essenciais para a seleção e investidura originária de magistrados, quais sejam, no que concerne aos juízes de carreira, o concurso público de provas e títulos, realizado pelo respectivo tribunal (da União, dos Estados ou do Distrito Federal) e com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (art. 93, inciso I, combinado

⁴⁴ Equivalente, em linhas gerais, à *representação funcional* mencionada por PEDRO MANOEL ABREU (2008, p. 267-269), que, coexistindo com a *representação política*, alarga a esfera pública e constitui o embrião que poderá vir a formar uma *cidadania complexa* em nosso país, não restrita a um único *locus* discursivo-deliberativo.

com o art. 96, inciso I, alínea c), e, no que se refere a membros dos tribunais, a nomeação pelos chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal, precedida, quando o caso, de aprovação pelo Senado Federal ou pelos Poderes Legislativos estaduais e distrital (artigos 52, inciso III, alínea a, 84, incisos XIV e XVI, 101, 104, 107, 111, §§ 1º. e 2º., 119, inciso II, 120, inciso III, 123 e 125). Em ambas as situações, porém, buscam-se os mais qualificados para integrarem os quadros do Poder Judiciário brasileiro, quer pela submissão a rígidos certames, nos quais não só se afere o nível dos conhecimentos jurídicos dos candidatos, como também se investiga a lisura de suas vidas pregressas, quer pelos requisitos do notável saber jurídico, do tempo mínimo de experiência profissional e da reputação ilibada que devem nortear as indicações pelo Presidente da República ou pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal. Em ambas, outrossim, a Carta Magna promoveu *expressa delegação* para essas escolhas: aos tribunais, na primeira, e aos chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e do Distrito Federal, com a aquiescência, quando o caso, do Senado Federal ou dos Poderes Legislativos estaduais e distrital, na segunda.

Superada a averiguação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira, cabe indagar quais os seus limites, ou seja, quais as fronteiras que, se transpostas, ensejarão clara invasão e usurpação das esferas de competências reservadas ao Legislativo e ao Executivo, bem como quais as cautelas necessárias para minimizar os riscos de um exagerado protagonismo do Poder Judiciário no trato de temas em princípio mais afinados com a esfera política. Neste ponto, imperioso abordar os contemporâneos fenômenos da *judicialização da política* e do *ativismo judicial*.

LUÍS ROBERTO BARROSO (2012, p. 3) explana que a *judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, isto é, o Congresso Nacional e o Poder Executivo, o que, como intuitivo, envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações marcantes na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (2011, p. 76), a fim de que a expressão *judicialização da política* preserve a devida clareza e a densidade conceitual e não se disperse em indesejável vacuidade ou latitude excessiva, ela há que ter por significado o acesso à justiça de controvérsias relativas às diversas

políticas públicas programadas ou implantadas pelo Estado. EDUARDO CAMBI (2009, p. 211), ao seu turno, afirma que o Direito Público judicializou a política, posto que esta, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados, passou a ser um de seus temas, abrindo margem a uma *relação de complementaridade* entre ambos.

Três fatores podem ser arrolados como determinantes da judicialização da política no Brasil: 1) a *redemocratização* do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira; 2) a *constitucionalização abrangente*, que incorporou na Lei Maior inúmeras matérias antes deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e 3) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais amplos do mundo, combinando aspectos dos sistemas americano (controle incidental e difuso, por qualquer juiz ou tribunal) e europeu (controle concentrado por meio de ação direta) e concedendo a diversos órgãos e entes a legitimação para a iniciativa dos processos objetivos (BARROSO, 2012, p. 3-4). Em acréscimo, o fenômeno não é gerado espontaneamente, nem é autopoietico, mas radica, remotamente, na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo Poder Público à população. Essa postura ineficiente abre um vácuo que passa a atrair as demandas reprimidas e as insatisfações gerais, as quais, restando sem atendimento e sem canal de expressão adequado, acabam se voltando para a instância que se apresenta quando as demais falham: o Judiciário (MANCUSO, 2011, p. 76-77).

LUÍS ROBERTO BARROSO também esclarece o que se deve entender por *ativismo judicial* e quais as suas causas, características e relações com a judicialização:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre

a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (2012, p. 6)

A postura ativista, por conseguinte, está associada a uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência nos âmbitos de atribuições do Legislativo e do Executivo, manifestando-se por meio de diferentes condutas, tais a aplicação direta da Lei Maior a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, bem assim a imposição de ações ou abstenções aos Poderes Públicos, notadamente no que tange a políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 6).

Pode-se observar que a judicialização da política é atualmente inevitável em nosso país, dados o caráter analítico da Carta Magna de 1988 e o amplo acesso ao Poder Judiciário que ela garantiu. Ao introjetar a disciplina de determinadas matérias (ainda que *prima facie* de índole política) e lhes conferir assim feição normativa da mais alta estatura, a Constituição instituiu critérios jurídico-normativos para a avaliação de condutas a elas relacionadas, cria situações subjetivas ativas e passivas e fomenta pretensões suscetíveis de serem deduzidas em juízo. Ademais, devido à expansão do controle jurisdicional e do universo dos legitimados a invocá-lo, que não mais engloba apenas os titulares dos interesses substanciais contrariados ou insatisfeitos, tendo sido acrescido de outros órgãos e entidades aos quais se abrem as vias das ações coletivas e dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, é certo que qualquer ato comissivo ou omissivo dos Poderes Legislativo e Executivo pode ser questionado e submetido à apreciação do Judiciário, que verificará sua conformidade com a ordem jurídica como um todo, em especial com o estrato constitucional, e concluirá, em caso positivo, por sua validade ou licitude, ou, em caso negativo, por sua invalidade ou ilicitude, julgando a causa de acordo com tal conclusão. Trata-se de *regular exercício da atividade típica* do Poder Judiciário, que a este não é possível declinar quando presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e as condições da ação. Não há aí nenhuma invasão ou usurpação de competências alheias.

Destarte, o cerne da controvérsia não se situa na judicialização dos megaconflitos em si mesma, já que é uma virtualidade em um sistema que resguarda a *universalidade da jurisdição*, porém se desloca para outro foco, o dos excessos que, a partir daquela judicialização, podem vir a ser cometidos, mormente quando a conduta judicial revelar incapacidade de recepcionar e mensurar os elementos no entorno da questão central, que com ela compõem um só contexto, ou quando faltar ao magistrado percepção mais acurada e sensível no tocante ao balanço entre custo e benefício ou em face dos contingenciamentos financeiro-orçamentários a que estão sujeitos os órgãos e entes demandados (MANCUSO, 2011, p. 83). Por isso, avulta a importância de serem tomados em conta pelo Judiciário, sempre que instado a se pronunciar sobre questão de natureza política, os critérios de sua *capacidade institucional* para melhor resolvê-la, em detrimento do *locus* deliberativo primariamente encarregado, e dos *efeitos sistêmicos de sua decisão*, isto é, dos perigos de repercussões externas imprevisíveis e indesejadas (BARROSO, 2012, p. 16-17; MANCUSO, 2011, p. 83-85). Tais cautelas, entretanto, não devem servir para intimidá-lo ou constrangê-lo no desempenho de seu nobre mister de guardião máximo da ordem constitucional.

Têm razão RONALD DWORKIN (2001, p. 30-32) e EDUARDO CAMBI (2009, p. 246-247) ao asseverarem que a transferência de poder político ao Judiciário certamente fará com que a maioria dos cidadãos, notadamente aquela imensa parcela destituída de privilégios, ganhe mais do que perca. De fato, conquanto o aparato judicial se mostre imperfeito, em muitos casos será o último refúgio para a exigência de satisfação dos direitos fundamentais dos excluídos, não raras vezes completamente ignorada pelo Legislativo e pelo Executivo. Essa pretensão, deduzida perante os órgãos jurisdicionais, ao menos será analisada e receberá decisão fundamentada, ainda que contrária à sua tutela. Portanto, a singela possibilidade da minoria de acessar o Poder Judiciário em busca de proteção aos seus interesses jurídicos já consubstancia um eficaz instrumento para impedir a *ditadura da maioria*. A jurisdição constitucional, assim, é capaz de estabelecer um *compromisso constante* entre a maioria e a minoria, em favor da paz social. Outrossim, a sua intervenção não é irrestrita, dependendo, além da provocação dos legitimados, da constatação da infringência de preceitos da Lei Maior, mormente daqueles que consagram direitos fundamentais, hipótese em que não poderá se eximir de tutelá-los.

Em suma, trata-se da defesa de um *ativismo judicial responsável*, comprometido com a implementação das disposições constitucionais e com a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de caráter social componentes do *mínimo existencial*, todavia ciente das limitações institucionais e técnicas inerentes ao Poder Judiciário e da necessidade de respeitar o jogo democrático e de motivar consistentemente as decisões que impliquem censura aos atos comissivos ou omissivos dos outros Poderes Públicos (CAMBI, 2009, p. 312). Dentro desse *modelo ideal* que se preconiza, algumas diretrizes merecem nortear o comportamento do juiz constitucional: 1) ele só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; 2) deve guardar deferência relativamente às decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; e 3) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação haverá, na medida do possível, que estar em sintonia com o sentimento social, porém sem resvalar para o *populismo*, posto que a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, são condição para o funcionamento do constitucionalismo democrático (BARROSO, 2012, p. 14).⁴⁵

Fixadas as premissas, características e consequências da transformação paradigmática ocorrida no mundo jurídico a partir do segundo pós-guerra, cumpre passar à próxima seção, em que serão analisadas a relação entre a Constituição e o sistema processual jurisdicional e a inserção dos escopos deste no quadro do Estado Democrático de Direito, no horizonte do *neoprocessualismo*.

⁴⁵ É possível afirmar, mormente com base na síntese feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER (2009, p. 114-116) do entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de efetivação direta de direitos fundamentais prestacionais e de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que os juízes e tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm prevalentemente adotado essa postura ativista, que pressupõe a compreensão substancialista da Constituição da República. Ademais, têm os julgadores individuais e colegiados se preocupado em observar critérios sólidos e bem alicerçados na apreciação de tais questões, sem olvidar a necessidade de dar concretude às disposições constitucionais, o que demonstra que, na grande maioria dos casos, o ativismo judicial vem sendo exercido com a responsabilidade que aqui se preconizou. Assim é que o Pretório Excelso, por exemplo, coloca como requisitos para que o Judiciário intervenha em políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: 1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; 2) a razoabilidade da pretensão individual/coletiva deduzida contra o Poder Público; e 3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para fazer frente às prestações positivas dele reclamadas (*reserva do possível*) (ADPF n. 45-9, rel. Min. CELSO DE MELLO, precedente trazido na obra citada).

2 NEOPROCESSUALISMO: A INTERAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A generalização do *processo*⁴⁶ como método heterocompositivo de resolução de controvérsias, a cargo da justiça privada ou pública⁴⁷, representou indubitavelmente uma das maiores conquistas civilizatórias da humanidade, porquanto ensejou a gradual substituição da violência e da força bruta, que grassavam na aurora dos corpos sociais, por um mecanismo mais racional⁴⁸ e apto a preservar ou resgatar a paz entre os membros da coletividade envolvidos na disputa de um bem da vida ou por esta afetados direta ou indiretamente.

⁴⁶ Como é sabido, diversas teorias buscaram explicar a natureza jurídica do fenômeno *processo*, dentre as quais gozam de maiores prestígio e repercussão a da *relação jurídica*, afirmada originalmente por OSKAR VON BÜLOW em 1868 e ainda hoje prevalecente na doutrina, a da *situação jurídica*, da autoria de JAMES GOLDSCHMIDT em 1925 e primeira a confrontar com argumentos sólidos a concepção majoritariamente aceita, e a do *procedimento em contraditório*, desenvolvida por ELIO FAZZALARI na segunda metade do século passado, bastante difundida em tempos recentes e também contrária à ideia da relação jurídica processual. Cada uma delas restou acolhida por grandes estudiosos do Direito Processual no mundo inteiro, que vieram a lhes agregar suas contribuições pessoais e a lhes conferir novas e interessantíssimas nuances. As meras enunciação e explicação sintéticas dessas correntes já ocupariam demasiado espaço nesta dissertação e desviariam a linha de raciocínio de seu foco, razão pela qual se fez a opção metodológica de as descartar e remeter o leitor a algumas alentadas fontes bibliográficas. Para um catálogo abrangente das principais teorias e de seus defensores, consultem-se, dentre outros, HELIO TORNAGHI (1977, p. 313-402), CELSO NEVES (1997, p. 173-187) e EDUARDO J. COUTURE (2008, p. 63-74). Outrossim, para as críticas mais recentes à teoria do processo como relação jurídica, que reabilitam o procedimento no conceito de processo e frisam a imprescindibilidade do contraditório, o qual ganha um tom político-participativo, confirmam-se principalmente ELIO FAZZALARI (2006, p. 109-124), AROLDI PLÍNIO GONÇALVES (1992, p. 59-132), LUIZ GUILHERME MARINONI (2008, p. 387-449), PEDRO MANOEL ABREU (2008, p. 451-457) e ANDRÉ CORDEIRO LEAL (2008, p. 37-127).

⁴⁷ Por exemplo, nos períodos das *legis actiones* e formulário do processo civil romano, que juntos constituem a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum* (do século II a.C. ao começo do século III d.C.), a tarefa de julgar competia a *juízes privados*, mais assemelhados a árbitros, escolhidos de comum acordo pelos próprios litigantes. Nessa época, o pretor, autoridade pública (*magistratus*) de grande destaque em Roma, limitava-se a examinar a pretensão deduzida sob o prisma do cabimento da *actio* (expressamente prevista em lei, durante o período das *legis actiones*, ou também concedida por ele mediante fórmula escrita, já no formulário) e a nomear o *judex* indicado pelas partes para decidir a causa. O procedimento, assim, dividia-se em duas etapas: *in jure*, perante o pretor, que se concluía com a *litiscontestatio* (compromisso formal dos litigantes de aceitarem o que viesse a ser decidido), e *apud judicem* ou *in judicio*, perante o juiz privado, que se concluía com a *sententia* (o julgamento da *actio*). Somente a partir do século III d.C. passou o pretor a apreciar também o mérito da causa, iniciando-se então o chamado período da *cognitio extra ordinem* e completando-se o ciclo da evolução da justiça privada para a justiça pública no Direito Romano (BENABENTOS, 2005, p. 26-50; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 28-29; NEVES, 1997, p. 3-16; PALACIO, 2003, p. 23-26). Mesmo nos dias atuais ainda se convive com traços da *justiça privada*, como no caso de litígio entre partes capazes envolvendo direito disponível, que pode ser submetido à apreciação do juízo arbitral (regulado em nosso país pela Lei n. 9.307/1996), ao invés da jurisdição estatal (CAMBI, 2002, p. 123).

⁴⁸ Embora no seu início não completamente racionalizado, posto que, em maior ou menor medida, ainda impregnado de elementos místicos e religiosos e influenciado por crenças, superstições e preconceitos, notadamente no que concerne à atividade probatória. Vejam-se, por exemplo, as *ordálias* e as *provas de fé*, comuns nos processos grego e germânico da Antiguidade, e os *duelos*, de largo uso no último (BENABENTOS, 2005, p. 10, 14-15, 23-24).

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente poderoso, capaz de superar os ímpetos individualistas dos homens e de impor o Direito acima das vontades dos particulares, o que levava quem pretendesse alguma coisa negada por outrem a se valer da força para tentar conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Até a repressão às condutas criminosas, nesse período histórico, era realizada em regime de *vingança privada*, e, a partir do momento em que restou assumida pela organização social, foi primeiro exercida de forma totalmente *unilateral*, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais, independentes e desinteressados. Pode-se ver que a *autotutela*, mormente se encarada sob a lente da cultura hodierna, era precária e aleatória, pois não garantia soluções justas, mas tão-somente a vitória do mais forte, do mais ousado ou do mais astuto sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 27).

Não se ignora que nesses agrupamentos ancestrais a autotutela já coexistia com as *formas autocompositivas de resolução de conflitos*, tais a renúncia à pretensão por parte do seu titular, a submissão àquela por parte do obrigado ou a transação, com concessões recíprocas entre ambos, e mesmo com rudimentos de *formas heterocompositivas*, em especial a arbitragem, bem assim com outras de índole essencialmente pacífica (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 27-28; ROULAND, 2008, p. 95-102). Todavia, o ser humano jamais foi tão altruísta a ponto de erigi-las como regra (GRECO FILHO, 1998, p. 14), o que robustece a importância do advento do processo e em seguida da jurisdição pública como principais freios às tendências violentas, destrutivas e vingativas largamente exteriorizadas pelos indivíduos na justiça de mão própria, que punham sob ameaça a sobrevivência comunitária.

O binômio *processo-jurisdição*, que constitui o paradigmático *processo jurisdicional*⁴⁹, encontrou extraordinária difusão entre os povos da

⁴⁹ Assevera-se ser o processo jurisdicional paradigmático justamente porque, dotado de milenar tradição, converteu-se desde meados do século XIX em objeto de indagação científica, o que obviamente lhe rendeu maiores desenvolvimento e compreensão. Todavia, o processo não é instrumento exclusivo da função jurisdicional, tratando-se de uma *estrutura normativa*, caracterizada pelo *procedimento* e pela celebração em *contraditório* entre os interessados, na qual são desempenhadas numerosas atividades de direito público e algumas atividades de direito privado (FAZZALARI, 2006, p. 27). Relembrem-se, por exemplo, os processos legislativo, administrativo e arbitral. De fato, na perspectiva histórica, constata-se em vários sistemas jurídicos a tendência de se estender o âmbito dos processos para fora do campo da jurisdição, onde ele é hoje essencial, e mesmo para fora do ordenamento estatal (FAZZALARI, 2006, p. 37-41). Também não se olvide que a

Antiguidade que já haviam atingido estágio mais avançado de desenvolvimento e civilidade, uma vez que, além da aludida vantagem que trazia para a continuidade das relações sociais, correspondia ao ambiente de paulatina concentração do poder nas formações políticas pré-estatais e de maior interferência destas sobre a esfera de liberdade dos súditos, que se foi verificando no curso daquele interregno histórico (BENABENTOS, 2005, p. 7-8; LOPES, 2006, p. 355-356). Com efeito, na fase nebulosa de seu próprio surgimento, as sociedades políticas organizadas vão aceitando uma forma de compromisso com as forças preexistentes, contentando-se em absorver normas consuetudinárias no ordenamento jurídico positivo, ou mesmo em atuá-las como tais, ou ainda em emitir decisões fundadas em sentimentos populares não formulados, latentes na consciência comum. Só gradualmente vão insinuando suas vontades institucionalizadas, mediante normas positivas próprias. Por isso, constitui ensinamento comumente repetido a prioridade histórica da jurisdição sobre a legislação, entendido que o Estado, apenas quando atinge um suficiente grau de maturidade, chega a produzir preceitos normativos com valor *erga omnes* e caráter abstrato, não o fazendo antes por não se sentir suficientemente forte perante os indivíduos para impor o seu Direito (DINAMARCO, 2002b, p. 54-55).

Apesar da involução experimentada na Idade Média, em especial na Europa continental, com a disseminação do *sistema inquisitivo* e do *procedimento penal inquisitorial* e de seus conhecidos abusos⁵⁰, é certo que o binômio *processo-jurisdição* resistiu e se firmou mundialmente como uma emblemática expressão de civilização. Para além disso, consagrou-se como sinônimo de *garantia de direitos individuais*, principalmente a partir das experiências britânica e norteamericana.

Costuma-se apontar no art. 39 da *Magna Charta* de 1215 a origem da cláusula do *devido processo legal* (*due process of law*), conquanto seu texto não trouxesse tal locução, que só veio a ser incorporada no ordenamento jurídico inglês com o *Statute of Westminster of the Liberties of London*, editado em 1354, durante o reinado de Eduardo III (GRINOVER, 1973a, p. 23-25; NERY JR., 2002, p. 33).

História conheceu no *sistema inquisitivo* o exercício de jurisdição sem o uso de *processo*, mas de mero *procedimento* (JARDIM, 2005, p. 83).

⁵⁰ Para um aprofundado exame das origens, do desenvolvimento histórico e das características e peculiaridades do *sistema inquisitivo* e do *procedimento penal inquisitorial*, consultem-se OMAR ABEL BENABENTOS (2005, p. 65-161) e MAURO FONSECA ANDRADE (2008, p. 267-396). Um dos mais notórios abusos cometidos nesse sistema era o emprego da tortura judicialmente supervisionada para extrair confissões, que fora introduzida ou reintroduzida na maioria dos países europeus no século XIII, como consequência do ressurgimento do Direito Romano e do exemplo da Inquisição católica (HUNT, 2009, p. 76; NASPOLINI, 2006, p. 196-197).

Tratava-se desde então da exigência de que qualquer forma de punição ou privação de direitos de alguém fosse precedida de um julgamento estruturado conforme as leis do país.⁵¹

Mais de quatro séculos depois, o postulado restou consignado nas declarações de direitos e Constituições de várias das ex-colônias britânicas que culminaram por formar os Estados Unidos da América, bem como na sua própria Constituição Federal de 1787, incluído por obra da V Emenda⁵², de 1791, e ampliado, para vincular a atuação dos Estados Federados, pela XIV Emenda⁵³, de 1868 (GRINOVER, 1973a, p. 26-29; NERY JR., 2002, p. 34-35).⁵⁴

Entre o final do século XVIII e a primeira metade do século XX, o processo jurisdicional, notadamente na área penal, tornou-se garantia reconhecida como componente do núcleo essencial do Estado de Direito, que foi acolhida em diversas Constituições e declarações e tratados internacionais concernentes a direitos individuais.⁵⁵ Nessa ótica liberal, o processo jurisdicional guarda a dimensão de dupla garantia: ativa e passiva. O processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilicitude, pode o prejudicado dele se utilizar para buscar preveni-la ou remediá-la. Por outro lado, o processo é garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, tanto a oriunda do exercício unilateral do poder punitivo estatal quanto a praticada por particular em favor da satisfação direta de uma sua pretensão (GRECO FILHO, 1998, p. 46). Hodiernamente, no contexto do Estado Democrático

⁵¹ Exigência que, de acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER (1973a, p. 24), aproveitava inicialmente apenas à nobreza, os *homens livres* a que o art. 39 da *Magna Charta* fazia alusão, vindo a ser inequivocamente estendida a todos os súditos com o Estatuto de 1354.

⁵² A V Emenda estatuiu que nenhuma pessoa seria privada da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal (GRINOVER, 1973a, p. 27).

⁵³ A XIV Emenda preceituou que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos da América e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos estadunidenses e do Estado em que residirem, proibiu que os Estados criassem ou executassem qualquer lei que tolhesse os privilégios ou imunidades dos cidadãos e também vedou a eles a privação da vida, da liberdade e da propriedade de qualquer pessoa sem o devido processo legal, bem como a negação de igual proteção das leis a qualquer pessoa dentro de suas jurisdições (GRINOVER, 1973a, p. 28).

⁵⁴ Para uma abordagem do significado, do conteúdo e da evolução da cláusula do *due process of law* no Direito norteamericano, com ênfase para os seus desdobramentos em *substantive due process* e *procedural due process*, confirmam-se ADA PELLEGRINI GRINOVER (1973a, p. 31-42) e NELSON NERY JR. (2002, p. 35-42). ROGÉRIO LAURIA TUCCI (1993, p. 68) aduz que, relativamente ao processo jurisdicional, o devido processo legal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que ele possa atingir de forma escorreita sua finalidade compositiva de litígios (em matéria extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal).

⁵⁵ Sobre o Estado de Direito e suas características já se discorreu brevemente na seção 1 deste trabalho. Para interessante análise de como ocorreu, também a partir do final do século XVIII, o gradativo abandono do uso da tortura na persecução criminal, tanto aquela com finalidade punitiva quanto aquela com finalidade instrutória, recomenda-se a leitura de LYNN HUNT (2009, p. 70-112).

de Direito, o processo jurisdicional mantém sua conotação garantista, porém se vê enriquecido com uma nova e importantíssima *faceta política*.

A *desneutralização política* do Poder Judiciário é consequência das alterações oriundas do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica surgida em meados do século XX. A previsão de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais nas Constituições contemporâneas ensejou, nas últimas décadas, uma *explosão de litigiosidade*, fazendo aportar no Judiciário demandas individuais e coletivas voltadas à efetivação de mencionados direitos. O seu desempenho passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas. Significa que o Estado Social modificou profundamente a relação entre Estado e sociedade, pois, enquanto o Estado Liberal apenas protegia as liberdades negativas, de cunho eminentemente individual, aquele veio a tutelar as liberdades positivas, tornando viável exigir do Poder Público *ações materiais* tendentes à implementação de direitos à proteção ou a prestações (CAMBI, 2009, p. 194).

O Poder Judiciário vem experimentando gradual expansão em sua atuação institucional e, nessa linha evolutiva, tem se convertido em uma *instância participativa*, à medida que é chamado a se pronunciar sobre grandes temas da atualidade, tais a defesa do meio ambiente, das relações de consumo e dos princípios regentes da Administração Pública. Não se trata de ingerência *direta* e *espontânea* do Judiciário, e sim da *participação do povo* no controle da boa gestão da coisa pública, por intermédio dos mecanismos processuais que, estes sim, induzem a intervenção judicial. O Poder Judiciário, portanto, não ficou alijado da *democracia participativa* fomentada e disponibilizada pela Constituição da República de 1988 através de variados canais, passando a recepcionar, em grande parte por conta da incúria ou leniência de outras instâncias, iniciativas diversas, genericamente aderentes ao manejo dos interesses metaindividuais (MANCUSO, 2011, p. 85-86).⁵⁶

O processo jurisdicional hoje assume a condição de via ou canal de participação, atua como instrumento da jurisdição e se habilita como *modus de*

⁵⁶ BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS (1999, p. 150-151) esclarece que a concepção da administração da justiça como uma instância política foi inicialmente propugnada pelos cientistas políticos, que viram nos tribunais um subsistema do sistema político global, partilhando com este a característica de processarem uma série de *inputs* externos, constituídos por estímulos, pressões, exigências sociais e políticas, e de, via mecanismos de conversão, produzirem *outputs* (as decisões) portadores de impacto social e político nos restantes subsistemas.

participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que *instrumento do poder*, é *instrumento de participação no poder*. Enfim, é um microcosmo da democracia, posto que realiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania (ABREU, 2008, p. 440).

Nessa perspectiva, as ações coletivas compõem instrumental capaz de manifestar poderosa influência modernizadora no sistema processual, uma vez que, superando a concepção da ação processual como expressão de um conflito individual, abrem campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade, permitindo uma visão comunitária do Direito (SILVA, 2006, p. 319).

Registre-se a posição divergente de J. J. CALMON DE PASSOS (1998, p. 90-91), para quem o alargamento que se deu à atividade do Estado não importou em alteração substancial da função de julgar, voltada ainda e exclusivamente para a solução dos microconflitos, apenas enriquecido esse universo com os novos conflitos entre os sujeitos de direito em geral e os agentes públicos, limitados agora pela lei e passíveis de terem seus atos questionados perante o Poder Judiciário. De acordo com o processualista baiano, não se institucionalizou, por força disso, uma função que às demais se sobrepôs, porque também a jurisdição se coloca sob o império da lei e está sujeita à deslegitimação pelos agentes das demais funções estatais básicas, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo soberano, diretamente. Segundo ele, outrossim, não se atribuíram ao Judiciário funções políticas, inadmissíveis sem a legitimação eletiva constitucionalmente reclamada para tanto.

Tal ótica, assumidamente calcada, conforme o próprio CALMON DE PASSOS (2000, p. 108-110) depois reconheceu, no paradigma procedimentalista, mostra-se bastante tímida, e quiçá demasiadamente conservadora, para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais previstos em nossa Carta Magna, mormente se considerados o caráter ainda incipiente da democracia brasileira e a presença maciça, nos espaços deliberativos parlamentares e administrativos, de forças políticas mais comprometidas com a manutenção ou a conquista de

privilégios para determinados grupos do que com a busca, se não da utópica eliminação, da redução das desigualdades sociais e regionais.⁵⁷

O processo jurisdicional, desde muito tempo guindado a elevado patamar de dignidade no quadro das garantias individuais, e na atualidade também compreendido como privilegiado mecanismo democrático-participativo, encontra, justamente por tais motivos, ampla disciplina na Constituição Federal. Ademais, enquanto instrumento pelo qual se manifesta a jurisdição constitucional, em sede difusa ou concentrada, presta-se a tutelar a própria supremacia da Lei Maior. Há entre ambos, portanto, verdadeira relação de complementaridade e de mútua tutela.

Do ponto de vista da ordem jurídica global de um país, é quase óbvio dizer que a Constituição é o núcleo fundamental, porquanto contém as regras essenciais para a convivência social que aquele quis formular para si. A Carta Magna procura estabelecer uma estrutura básica para a sociedade, dotada de certa permanência, não imobilizada, contudo relativamente duradoura, pela própria natureza de seu conteúdo (BIDART, 1983, p. 193). Ela, além de traçar as normas primordiais de organização do Estado, exprime a dramática tentativa de fixar no tempo as ideias e os valores supremos que são, em verdade, essencialmente mutáveis, uma vez que se identificam com os desígnios da História mesma, ou seja, com a vida do ser humano. E, particularizada ao Direito Processual, reclama a lembrança de que as normas processuais são, segundo generalizado entendimento doutrinário, complemento ou atualização das garantias constitucionais; daí porque, inseridas no Texto Fundamental, visam certamente a reforçar o sistema de direitos e garantias individuais (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 2). De fato, a efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos instrumentos de realização jurisdicional dos mesmos, opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta (BARACHO, 1997, p. 122).

O Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas mestras traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estruturação dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo e estabelece alguns princípios processuais. Todo ele, que rege o exercício de uma das funções basilares do Estado, além de ter os seus pressupostos constitucionais,

⁵⁷ Para outros argumentos contrários às correntes procedimentalistas e em defesa de um papel mais ativo do Poder Judiciário em prol dos direitos fundamentais, porém exercido com responsabilidade e observância de certos critérios, ver *supra*, 1.4.

é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários (GRINOVER, 1973a, p. 12). Com efeito, ao lado de seu perfil técnico, o Direito Processual, deslocado para a vertente constitucional, vem moldado por duas diferentes exigências, quais sejam, precisão formal e justiça substancial. E nesse conflito dialético entre necessidades contrapostas, não obstante igualmente dignas de proteção, são inseridas as garantias constitucionais do processo nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 3). Significa um êxito da tendência de se considerar tal disciplina não somente como um apanhado de normas voltadas a regular um método para a solução de conflitos, mas também como um conjunto de *valores* autônomos, atinentes à estrutura do processo e destinados a atuar enquanto tais (CAMBI, 2007, p. 26; COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2011, p. 23; OLIVEIRA, 2012).

Com fulcro nessas observações, alude a doutrina à existência de um *Direito Processual Constitucional*, vislumbrado como proposta metodológica consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Carta Magna e dos vínculos mantidos com ela.⁵⁸ O *método constitucionalista* inclui, em primeiro lugar, o estudo das recíprocas influências entre Constituição e processo, relações que se expressam na *tutela constitucional do processo* e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem. Em segundo lugar, inclui o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, composto, dentre outras, pelo mandado de segurança, pela ação popular e pela ação civil pública (DINAMARCO, 2004, p. 188-189, 2005, p. 26-33).⁵⁹

⁵⁸ Na perspectiva da análise do processo em suas relações com a Constituição, CANOTILHO (2002, p. 958-959) e NELSON NERY JR. (2002, p. 20-21) distinguem entre um *Direito Constitucional Processual* e um *Direito Processual Constitucional*, o primeiro correspondendo ao regramento do Direito Processual que se encontra na Lei Maior e o segundo correspondendo à reunião das normas para o fim de regular a jurisdição constitucional. KLEBER RICARDO DAMASCENO (2010, p. 22), com razão, frisa que a referida distinção deixa atualmente de ser significativa, porquanto todo o Direito Processual, que passa a representar o direito de acesso à justiça, torna-se envolvido pelo manto da Constituição, não havendo falar, nessa esteira, sequer em um Direito Processual infraconstitucional em contraposição a um constitucional, já que todo o Direito Processual se funda em um modelo institucional constitucionalizado.

⁵⁹ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO (2012, p. 3), referindo-se especificamente ao Direito Processual Civil, assevera que o destaque desse *método de pensamento* não precisa conduzir à construção de uma *nova disciplina* ou um *novo ramo* dele, advertindo inclusive que não é *conveniente*, do ponto de vista da dogmática processual civil, que assim se faça, porquanto os elementos que comporiam

A tutela constitucional do processo se dá mediante os princípios e as regras que, originados da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele, tratando-se de “imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país” (DINAMARCO, 2004, p. 189). Outrossim, ela se implementa pelo reconhecimento da supremacia da Lei Maior sobre a legislação processual infraconstitucional e apresenta algumas premissas: a) a Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico das disposições constitucionais, deve instituir esse processo; c) a lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo constitucionalmente consagrada; d) a lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional; e) nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui para tornar efetivo o controle de constitucionalidade das leis (BARACHO, 1997, p. 105). Disso resulta que a lei processual infraconstitucional não pode mais ser considerada apenas do ponto de vista da *funcionalidade técnica* do procedimento que ela prevê, pois as garantias constitucionais se impõem como parâmetros necessários para a configuração da disciplina jurídica do processo. Em outros termos, o legislador não mais é livre para modelar essa disciplina tão-só segundo critérios de oportunidade e eficiência. Sua discricionariedade permanece íntegra somente nas áreas de regulamentação do processo que não são cobertas pelas garantias constitucionais (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2011, p. 23-24; OLIVEIRA, 2012).

Em sentido vetorialmente inverso ao da tutela constitucional do processo, erige-se o sistema processual como fator de efetividade dos dispositivos presentes na Constituição, que ele promove *direta* e *indiretamente*. A influência *direta* do processo sobre a Lei Maior se dá sempre que a norma constitucional é examinada e concretamente aplicada pelo Poder Judiciário, o que ocorre no julgamento de causas que incluam discussão sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre preceito infraconstitucional e regra ou princípio de extração constitucional (controle difuso de constitucionalidade), ou quando esse cotejo é o

aquela disciplina ou ramo seriam os mesmos, e nenhum outro, que compõem o Direito Processual Civil como necessário “ponto de partida”. A *autonomia*, destarte, teria o condão de *esvaziar* o que deve ser estudado no Direito Processual Civil, para ele ser adequadamente compreendido.

thema decidendum principal de um processo de caráter objetivo e é feito em nível abstrato (controle concentrado de constitucionalidade). Por outro lado, realiza-se diuturnamente nos juízos e tribunais a atuação *indireta* do processo sobre a Constituição, uma vez que esta é a matriz à qual remonta todo o ordenamento jurídico nacional e, sendo a legislação infraconstitucional um conjunto de desdobramentos do modo como ela define as ordens social, política e econômica, dar-lhe aplicabilidade significa impor a efetividade das próprias normas constitucionais (DINAMARCO, 2004, p. 189-191).

DANIEL MITIDIERO (2007, p. 28) salienta que o relacionamento entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil evoluiu sensivelmente para além da tutela constitucional do processo e da jurisdição constitucional, incorporando, no âmbito do segundo, o modo de pensar constitucional, com inequívoco destaque para a nova teoria das normas e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais. De acordo com o autor, enquanto a primeira constitucionalização do processo teve por desiderato incorporar normas processuais na Lei Maior, a mais recente visa a atualizar o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, bem como a empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variados problemas de ordem processual.

Vale observar que, embora essas novas influências não sejam exclusividade do Direito Processual Civil, significando sobretudo consequências, no *âmbito teórico*, da reflexão hermenêutico-filosófica que se espalhou por todos os ramos da ciência jurídica e contribuiu para um mais correto entendimento da diferença entre texto e norma, bem assim da descoberta da normatividade dos princípios e dos refinamentos conceituais trazidos para os distinguir das regras, ambos como espécies de normas⁶⁰; e, no *âmbito normativo-aplicativo*, do fenómeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, mormente no aspecto do reconhecimento da supremacia e da força vinculante da Carta Magna e dos direitos fundamentais nela consagrados⁶¹, desvelam o horizonte do *neoprocessualismo*, como manifestação do *neoconstitucionalismo* com repercussão específica para o Direito Processual (DAMASCENO, 2010, p. 22) e pautada na visão publicista deste (CAMBI, 2007, p. 25-26), cuja diretriz mestra é a incorporação da necessidade de

⁶⁰ Ver *supra*, 1.2.

⁶¹ Ver *supra*, 1.3.

compreender e utilizar as técnicas processuais a partir de bases constitucionais (CAMBI, 2009, p. 19) e cujo desafio maior, imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais, é conciliar a *instrumentalidade do processo*, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (art. 5º., incisos XXXV e LXXVIII, da CF), com o *garantismo* (CAMBI, 2007, p. 37-38).

Com efeito, a *instrumentalidade do processo*, relativizando o binômio *substance-procedure*, permite a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito material, viés metodológico do neoprocessualismo que, contudo, precisa ser compatibilizado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado, no processo civil, e do acusado, no processo penal, que estão na essência do *garantismo* (CAMBI, 2007, p. 38).

Partindo do Direito Constitucional positivo pátrio, e conforme a sistematização apresentada por TUCCI e CRUZ E TUCCI (1989, p. 4-5), é possível dividir as normas superiores referentes à disciplina do processo jurisdicional em quatro espécies. Em primeiro lugar, as normas concernentes à *organização da Justiça*, que determinam: a) os órgãos do Poder Judiciário; b) a competência *ratione personae* e *ratione materiae* dos órgãos constitucionais do Poder Judiciário; c) a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário; d) o recrutamento, o aperfeiçoamento, o desenvolvimento da carreira, as garantias, as restrições e a responsabilidade dos juízes; e) as funções essenciais à administração da justiça, relativas ao Ministério Público, à Advocacia, à Defensoria Pública e à Advocacia-Geral da União; f) os órgãos de controle externo da magistratura (Conselho Nacional de Justiça) e dos membros do *Parquet* (Conselho Nacional do Ministério Público).⁶² Em segundo lugar, as normas determinantes das *garantias indispensáveis à tutela de direitos individuais e transindividuais*, que se fazem integrantes da jurisdição constitucional e abrangem: a) os procedimentos correspondentes ao controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos, bem como, em sede difusa, da constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público; b) os procedimentos destinados a garantir a supremacia da Constituição da República e a uniformidade de sua interpretação e das leis federais (instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade e recursos extraordinário e especial); c) a jurisdição

⁶² Cabe enfatizar que os citados órgãos de controle externo não constam do elenco trazido pelos autores, porquanto vieram a ser instituídos somente com a Emenda Constitucional n. 45/2004, porém merecem ubicação sistemática nessa categoria.

constitucional das liberdades, consubstanciada em procedimentos breves e eficazes para o pronto restabelecimento de direitos lesados ou ameaçados de lesão (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção) e procedimento pertinente à preservação da legalidade e da moralidade administrativas (ação popular). Em terceiro lugar, as normas *orientadoras do processo*, voltadas ao acesso à *ordem jurídica justa*, que compreendem todas as garantias inerentes ao *due process of law*, tais as da inafastabilidade do controle jurisdicional, da acessibilidade econômica e técnica à justiça, do juiz natural, do tratamento isonômico dos sujeitos interessados do processo, da ampla defesa, do contraditório, da vedação de provas obtidas por meios ilícitos, da motivação das decisões judiciais e da publicidade dos julgamentos. Por fim, as normas *incidentalmente constitucionais*, versando sobre a competência originária de tribunais federais, a competência das causas de interesse da União e a execução em face da Fazenda Pública.

Percebe-se que a Constituição da República de 1988 delinea com grande minúcia o *sistema processual jurisdicional*, assim entendido o complexo de órgãos, pessoas, entes, atividades e procedimentos envolvidos no exercício da função jurisdicional e na consecução de seus objetivos, mediante a estrutura do processo.

Impende salientar que o termo *sistema* não é unívoco, apresentando variações semânticas conforme a área do conhecimento de que se trate, e mesmo dentro de cada uma delas. Com efeito, diversas são as significações atribuídas ao vocábulo na Filosofia, nas ciências exatas, nas ciências biológicas, nas ciências sociais e políticas e no Direito.⁶³ Na imensa maioria delas, contudo, parece transparecer a noção, cuja síntese remonta a IMMANUEL KANT, de conjunto de elementos relacionados entre si e harmonicamente ordenados em torno de uma ideia fundante, orientados por princípios unificadores e dirigidos a uma finalidade comum. JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (2001, p. 16), por exemplo, vale-se desses caracteres para conceituar o sistema, na ótica do Direito, como um “*conjunto*

⁶³ Para os significados mais usuais no campo filosófico, consultem-se NICOLA ABBAGNANO (2007, p. 908-910) e JOSÉ FERRATER MORA (1978, p. 266-268). Para os conceitos de sistema na ciência jurídica, imprescindível a leitura da clássica obra de CLAUS-WILHELM CANARIS (2008). Finalmente, para um abrangente quadro dos mais destacados conceitos de sistema, que parte do pensamento filosófico e perpassa outras áreas do conhecimento e outros ramos da ciência jurídica, até chegar ao Direito Processual Penal, veja-se o estudo de RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES (2012, p. 4-33).

de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim.” Também CLAUS-WILHELM CANARIS (2008, p. 12-13, 279-280) salienta que o conceito de sistema traz ínsitas, como seus componentes essenciais, as noções de *ordenação* e de *unidade*, as quais encontram sua correspondência jurídica nas ideias da *adequação valorativa* e da *unidade interior do Direito*.

O conceito de sistema processual jurisdicional, nos moldes em que adrede assentado, diz respeito aos elementos componentes da *realidade empírica* do exercício do poder estatal *sub specie jurisdictionis*, ou seja, da *instituição* presente na vida jurídica e sociopolítica do país, compreendendo os órgãos do Poder Judiciário e os sujeitos interessados do processo (partes e intervenientes), que podem ser outros órgãos do aparelho estatal (por exemplo, o Ministério Público⁶⁴), pessoas naturais ou jurídicas ou entes dotados apenas da chamada *personalidade judiciária* (por exemplo, o espólio), cujas atividades devem ser desempenhadas no curso de procedimentos legalmente previstos e esquematizados para realização em contraditório.⁶⁵ Mencionados elementos se articulam e organizam de forma recíproca (a unidade e a harmonia); possuem como *ratio* subjacente (a ideia fundante) a concepção do binômio *processo-jurisdição* e do *devido processo legal* na tríplice perspectiva de expressão de civilização, de garantia de direitos e de mecanismo democrático-participativo; são disciplinados por um regime jurídico peculiar (os princípios unificadores), caracterizado como um *sistema de normas* (regras e princípios); e se voltam a propiciar o exercício da função jurisdicional e a concretização de seus objetivos (a finalidade comum).

Convém esclarecer que, para fins analíticos, é possível fazer alusão a três sistemas distintos: o primeiro, correspondente a uma realidade da vida jurídica e sociopolítica nacional, que acima se denominou de *sistema processual*

⁶⁴ O Ministério Público brasileiro pós-Constituição Federal de 1988 é órgão integrante do modelo positivado de Estado Democrático de Direito, estruturado sob forma institucional e com independência em relação aos demais Poderes e órgãos estatais, cuja vinculação se dá diretamente com a Lei Maior, com a ordem jurídica infraconstitucional que com ela seja compatível e com a sociedade civil e seus superiores interesses (CAMBI; LIMA, 2011, p. 121).

⁶⁵ Anote-se que os conjuntos das atividades dos órgãos judiciais e dos sujeitos processuais interessados, notadamente autor e réu, são dogmaticamente enfeixados em grandes unidades sistemáticas ou categorias jurídicas para formar, respectivamente, os institutos fundamentais da *jurisdição*, da *ação* e da *defesa*. Todos eles, ademais, têm como seu “palco”, isto é, seu *locus* adequado de manifestação, o *processo*, outro instituto fundamental. Daí se extrai a *quadrilogia estrutural* da ciência do Direito Processual (DINAMARCO, 2002b, p. 111-123).

*jurisdicional*⁶⁶; o segundo, resultado das conexões valorativas e da composição harmônica dos significados de enunciados normativos (ou seja, as normas) atinentes à regulação jurídica da atuação de órgãos, pessoas e entes e dos procedimentos que integram aquele primeiro sistema, quer-se dizer, um *sistema normativo*, o qual constitui o ramo do ordenamento jurídico chamado de Direito Processual; e o terceiro, de natureza científica, que tem os dois primeiros como seus objetos, teoriza sobre eles e constroi um coerente arcabouço conceitual e analítico destinado a explicá-los, criticá-los e lhes propor aperfeiçoamentos, consistente na ciência do Direito Processual (subdividida nas vertentes Civil, Penal, Trabalhista e Eleitoral). Todos eles operam no plano *comunicativo*, da *linguagem*, o que não poderia ser diferente, por se tratar de característica ínsita à experiência jurídica de modo geral. Como bem ressalta NORBERT ROULAND (2008, p. 37), a elaboração e o aperfeiçoamento do Direito são ligados ao aparecimento e aumento de complexidade da linguagem, posto que, para criar, observar ou contestar as normas, cumpre poder comunicar a respeito delas e graças a elas. O último sistema, entretanto, tem por peculiaridade configurar uma *metalinguagem* acerca das linguagens de que se valem os dois primeiros.⁶⁷

Cabe indagar, nesse passo, quais são os *escopos* da jurisdição, ou, mais amplamente, do sistema processual jurisdicional como um todo, nos marcos do Estado Democrático de Direito plasmado na Constituição Federal de 1988.

2.1 INSTRUMENTALIDADE E ESCOPOS DO SISTEMA PROCESSUAL JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA A PARTIR DO EMBATE ENTRE SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO

A evolução dos estudos sobre o processo jurisdicional, notadamente na seara da resolução de controvérsias extrapenais (o processo civil), de acordo com cediço magistério doutrinário, pode ser dividida em três fases metodológicas fundamentais, quais sejam, a *sincrética*, a *autonomista* ou *conceitual* e a *teleológica*

⁶⁶ Como adverte EDUARDO CAMBI (2002, p. 92), a jurisdição deve ser identificada dentro da vida social, onde ela verdadeiramente se manifesta, não apenas como um momento essencial da vida social absorvido através de uma noção jurídica abstrata. Também CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 186) alerta que todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há que extrapolar os lindes do Direito e da sua vida, projetando-se para fora e encarando, a par do seu objetivo puramente jurídico, as tarefas que lhes cabem perante a sociedade e o Estado.

⁶⁷ Metalinguagem que não se limita à *descrição pretensamente neutra* preconizada pelo positivismo normativista kelseniano, englobando a imprescindível crítica.

ou *instrumentalista*.⁶⁸ Com efeito, o Direito Processual Civil moderno é consequência de desenvolvimento multissecular que remonta à cultura de origem romano-germânica, tendo sido durante longo período encarado como mero capítulo ou apêndice do Direito Privado, desprovido de independência, passando em seguida por uma riquíssima etapa de descobertas de conceitos e construção de estruturas bem ordenadas, porém ainda sem consciência de um comprometimento com a necessidade de dirigi-lo à obtenção de soluções substancialmente justas, e culminando com a perspectiva teleológica, preocupada com os propósitos a serem atingidos, já em meados do século XX (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 48-49; DINAMARCO, 1996b, p. 27-29).

Somente na segunda dessas fases, quer-se dizer, na chamada *autonomista* ou *conceitual*, é que ocorre o decisivo *corte epistemológico* que inaugura a ciência do Direito Processual, dotada desde então de objeto e método próprios e específicos e de autonomia relativamente às indagações sobre os fenômenos pertencentes ao direito material. Embora precedida de três ensaios sobre a natureza da *actio* romana na mirada do Direito moderno, que constituíram a famosa polêmica entre os romanistas alemães BERNHARD WINDSCHEID e THEODOR MÜTHER e lançaram as bases para o reconhecimento da feição autônoma do direito de ação diante do direito substancial, é na obra de OSKAR VON BÜLOW, *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen)*, publicada em Giesen, Alemanha, no ano de 1868, que se vê o marco inicial da ciência processual.⁶⁹ Nela, o autor proclamou em

⁶⁸ DANIEL MITIDIERO (2007, p. 31-32) assevera que a ciência do Direito Processual Civil brasileiro já teria ingressado em sua *quarta fase metodológica*, denominada de *formalismo-valorativo*, que, para o autor, destaca-se por encerrar um formalismo cuja estruturação responde a valores, mormente os encartados na Constituição, tais os da justiça, da participação leal, da segurança e da efetividade, formando a base axiológica que domina o processo e da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação, isto é, parte-se do plano axiológico ao plano deontológico. Este posicionamento, contudo, não se afigura o mais acertado. Como bem registra DANIEL SARMENTO (2010, p. 179), ao acolher valores e formatá-los juridicamente em linguagem vaga, a Constituição os converte em *princípios*, ou seja, espécies de normas, portanto dotados de força cogente. Impende lembrar que normas e valores não se confundem, pois possuidores de diferentes características (ver *supra*, 1.2). Os valores incorporados pela Lei Maior e assim transformados em princípios, quando relacionados à estruturação e ao funcionamento do sistema processual jurisdicional, compõem a já analisada *tutela constitucional do processo*, um dos principais focos de atenção da ciência processual sob a perspectiva metodológica instrumentalista ou teleológica. Logo, o chamado *formalismo-valorativo*, em sua proposta básica, não parece trazer verdadeira e significativa ruptura que autorize considerá-lo uma nova etapa da evolução científica do Direito Processual, nos moldes ocorridos com as fases anteriores.

⁶⁹ Registre-se, por curioso, o posicionamento divergente de ANDRÉ CORDEIRO LEAL (2008, p. 31-32, 136), para quem BÜLOW não fundou a ciência processual, a qual, a seu ver, suporia crítica incessante, havendo apenas formulado teorias das técnicas de atuação judicial salvadora, ou, em

termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica *sui generis* entre os atores principais do processo (juiz, autor e réu), diferente da relação jurídico-material controvertida por seus *sujeitos* (pois incluído o magistrado), seu *objeto* (o provimento jurisdicional) e seus *requisitos constitutivos* (os pressupostos processuais). Tais ideias fundamentais abriram caminho para fecundo florescimento de reflexões e obras científicas, especialmente da parte de alemães, austríacos e italianos e voltadas em princípio para o instituto da ação. Foi nessa fase, ademais, que os processualistas alertaram que o processo não é um singelo *modo de exercício dos direitos*, posto no mesmo plano dos demais modos indicados pelo Direito Privado, mas via para obter especial proteção do Estado-juiz, a *tutela jurisdicional*, superando-se, por conseguinte, a vetusta e depreciativa compreensão do Direito Processual como um *direito adjetivo* (DINAMARCO, 1996b, p. 28-29, 2002b, p. 40-43; MITIDIERO, 2007, p. 13, 18-22).

Na virada que configurou a terceira das fases metodológicas acima mencionadas, essencialmente a partir da década de 1960, o foco dos estudiosos se deslocou do refinado e à época quase centenário edifício dogmático-conceitual para as questões emergentes da realidade prática do processo jurisdicional, de seu funcionamento e de suas disfunções, procurando meios de ampliar o acesso à justiça e de dotar aquele instrumento da maior aptidão possível para gerar resultados úteis, justos e adequados ao ordenamento substancial. As novas linhas do processo civil contemporâneo exigem que ele adquira outra feição, deixando de se enclausular no tecnicismo jurídico para estar a serviço do homem, e não o contrário (CAMBI, 2002, p. 93).

CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 31) referem que o despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas, ao menos nos países do mundo ocidental. Iniciando-se em 1965, tais orientações ou “ondas”, como chamadas pelos autores, emergiram sequencialmente, ofertando soluções para aquele problema. A primeira delas se concentrou em proporcionar assistência judiciária para os economicamente vulneráveis. A segunda, ao seu turno,

outros termos, uma *tecnologia da jurisdição*. De acordo com o autor, não se pode atribuir ao jurista alemão a origem do citado ramo do saber jurídico, tendo em vista a ausência, em seu pensamento, de enunciações acerca da legitimidade e do conceito de jurisdição, o que não se alinharia às atuais bases epistemológicas do Direito Processual. A postura cética de ANDRÉ CORDEIRO LEAL, todavia, não se sustenta. A obra de BÜLOW representou uma verdadeira *revolução científica*, nos moldes definidos por THOMAS S. KUHN (1998, p. 125-144), pois ocasionou o *rompimento do paradigma sincretista* então reinante e efetuou o *corte epistemológico* que cindiu os estudos dos fenômenos processuais dos relativos ao direito substancial.

ocupou-se de reformas tendentes a viabilizar a representação em juízo para os interesses difusos, mormente nas áreas de proteção ao meio ambiente e às relações de consumo. A terceira, por fim, que aqueles juristas (1988, p. 67-68) denominam de *enfoque de acesso à justiça*, englobava as anteriores e seguia além, consistindo em uma tentativa de atacar as barreiras de maneira mais articulada e compreensiva, centrando a atenção no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (1996b, p. 29) assevera ter sido necessário quase um século para que os processualistas percebessem que o sistema processual não é destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos nos planos social, econômico e político, o que se deveu, em linhas gerais, ao método de análise empregado por alguns juristas, na maioria italianos (com destaque para MAURO CAPPELLETTI e VITTORIO DENTI), que privilegiava a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, bem como à abertura para os temas constitucionais do Direito Processual e para o confronto de suas normas e seus institutos com as grandes matrizes político-constitucionais a que filiados, ensejadora de olhar mais crítico.

KAZUO WATANABE (1999, p. 20) bem resume que, do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizaram a ciência processual e que lhe deram foros de autonomia, partem hoje os estudiosos para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de ótica mais abrangente e penetrante de toda a problemática sociojurídica. Não se trata de negar os êxitos conquistados pela disciplina até os tempos atuais, mas de erigi-los a um sólido patamar para, com visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor exame dos institutos processuais, prestigiando, adaptando ou reformulando os tradicionais ou concebendo novos, sempre com a preocupação de fazer com que aquele tenha plena e total aderência à realidade a que se destina, cumprindo sua primordial vocação de servir de instrumento à efetiva concretização dos direitos.

Para OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA (2006, p. 299-300), o *dogmatismo*, além suprimir o pensamento crítico, apresenta a tendência de conceber as categorias processuais como se fossem eternas. Este pendor pela “naturalização” das instituições processuais, afirma, constitui propriamente o *dogma*, que tem como uma de suas expressões mais óbvias a formação de um Direito Processual

eminentemente *conceitual* e desligado da realidade social, pretensamente apto a servir qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (2007, p. 33), por sua vez, adverte que a grande preocupação com a técnica, resquício da fase conceitual da ciência processual, acaba por favorecer o formalismo exagerado, em detrimento dos objetivos buscados.

Nesse contexto metodológico voltado ao que se convencionou chamar de *acesso à ordem jurídica justa*, expressão cujo uso pioneiro se atribui a KAZUO WATANABE (1988, p. 128), ganhou imensa difusão e receptividade no Brasil a corrente doutrinária capitaneada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e conhecida por *instrumentalidade do processo* ou *instrumentalismo*. Nas palavras do próprio DINAMARCO, principal artífice deste posicionamento, trata-se de levar aos estudiosos da ciência do Direito Processual Civil sua pessoal proposta

[...] de revisão do modo como encaram a sua ciência e os institutos integrantes do universo de suas investigações. É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida. Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo *ângulo externo*, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido. É a proposta de uma *nova perspectiva*. (2005, p. 11)

De acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 22-25), não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico, pois o que dogmaticamente se sabe dos institutos fundamentais do Direito Processual já constitui suporte suficiente para a construção de um sistema capaz de conduzir aos resultados práticos desejados, assomando nessa linha o chamado *aspecto ético* do processo, sua *conotação deontológica*. A negação da natureza e do objetivo puramente técnicos do sistema processual é, concomitantemente, a afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados nas ordens político-constitucional e jurídico-material, os quais buscam efetividade por intermédio dele, e o reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina. Discorre o autor que a instrumentalidade é o *núcleo* e a *síntese* dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como ponto de partida pelos que

preconizam o alargamento das vias de acesso ao Judiciário e a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos litigantes, nos estudos e propostas acerca da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade do processo, nas preocupações com a garantia da ampla defesa no processo criminal ou com a igualdade em qualquer processo, na sustentação do aumento dos poderes instrutórios do juiz e de seu livre convencimento motivado na apreciação probatória.⁷⁰

J. J. CALMON DE PASSOS (2000, p. 108-109, 113-116) se mostrou um ferrenho crítico da instrumentalidade do processo, que inclusive, e pejorativamente, chamou de “modismo”. Partindo de referenciais teóricos filiados às correntes procedimentalistas e à concepção discursiva do Direito, acusou o instrumentalismo de ignorar, ou fingir ignorar, o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o Direito em tempos atuais, dentre os quais cita a crise da razão instrumental, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a crise do Estado de Bem-Estar Social e as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Guerra Mundial. Para ele, falar em instrumentalidade do processo, além de representar uso de palavra inadequada, porque portadora de excessiva amplitude (e por isso de imprecisão) semântica, é incorrer, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor de falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar o *ser* do Direito do *dizer* sobre o Direito, o *ser* do Direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Outrossim, o processualista baiano apontou como um dos “frutos perversos ou peçonhentos” gerados pelo instrumentalismo a quebra do equilíbrio processual que as reformas legislativas da década de 1990 supostamente ocasionaram, ao hipertrofiarem os poderes do juiz, detentor de autoridade e potencialmente melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas relativamente à segurança do agir humano e à previsibilidade de suas consequências, e ao privilegiarem sobremaneira o demandante, justamente aquele a

⁷⁰ DIERLE NUNES (2008, p. 145-147) constata haver surgido nas primeiras décadas do século XX, como decorrência do realismo jurídico norteamericano, linha teórica intitulada *instrumentalismo*, que procurava responder a questões relativas ao processo judicial, visando a melhores soluções para a transformação da sociedade mediante a atuação do juiz, o qual responderia a estímulos pessoais e sociais. Assevera que, coincidência terminológica ou não, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO traz como centro de sua doutrina um magistrado com habilidades diferenciadas, imbuído de teleologia voltada aos escopos já perseguidos pelos socializadores e realistas, desde o advento destas correntes.

quem cabe o dever ético e político de comprovar a necessária sujeição do outro à sua pretensão, o que consistiria em uma inversão de valores, tomando como um “dado” algo que jamais pode ser entendido nesses termos, antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Como corolário, segundo seu alerta, sobreveio o agravamento da crise da Justiça, posto que as reformas exacerbaram a litigiosidade e favoreceram o arbítrio, estimulando os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e nem técnica.

As incisivas e bastante ácidas críticas de CALMON DE PASSOS, a par de se fundarem essencialmente no procedimentalismo, com o qual não se coaduna a ordem constitucional, conforme já adiantado⁷¹, entremostam postura de exagerada desconfiança do Poder Judiciário e desconsideram, em última análise, as exigências constitucionais do *acesso à ordem jurídica justa* e da *efetividade da tutela jurisdicional*, que nortearam os esforços legislativos de aprimoramento do sistema processual jurisdicional, buscando meios de eliminar resistências injustificadas das partes ao cumprimento das decisões judiciais (por exemplo, a tutela específica das obrigações, os provimentos mandamentais, a cominação de *astreintes*) e de distribuir equitativamente entre aquelas os ônus do tempo da tramitação procedimental (por exemplo, a generalização da possibilidade de antecipação da tutela pretendida ou de seus efeitos), por isso devem ser lidas e recepcionadas com grande cautela e temperamentos.

A concepção instrumentalista defendida por DINAMARCO (2005) fixa algumas premissas fundamentais, dentre as quais se destacam⁷²: 1) a afirmação da existência de indissolúvel e recíproco liame entre a Constituição e o sistema processual, justificando uma específica proposta metodológica para a sua análise (o Direito Processual Constitucional); 2) a ênfase à perspectiva publicista do processo, que o vislumbra corretamente como instrumento mediante o qual atua a jurisdição, manifestação do poder do Estado, para a consecução dos objetivos deste, e não como mero mecanismo à disposição da proteção de interesses particulares, matizada contudo pela conveniência ditada pelo equilíbrio de exigências opostas, a

⁷¹ Ver *supra*, 1.4.

⁷² Adverte-se que o rol apresentado não pretende ser exaustivo, ou sequer uma síntese grosseira das várias, ricas e profundas reflexões trazidas por DINAMARCO em sua já clássica obra *A instrumentalidade do processo* (2005), de leitura obrigatória para qualquer estudioso do Direito Processual. Trata-se apenas de uma série de conclusões ou tópicos principais explorados pelo autor que, direta ou indiretamente, guardam mais íntima relação com a linha de raciocínio desenvolvida ao longo desta dissertação. Outrossim, a enumeração ora trazida procurou se manter fiel à ordem expositiva daquele livro.

limitar os sérios males que poderiam advir de uma excessiva publicização⁷³; 3) a defesa da validade e da importância metodológicas da Teoria Geral do Processo, compreendida como “um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual” (2005, p. 69), cuja extensão há que se restringir aos processos estatais; 4) a assertiva da necessária colocação da jurisdição no centro da teoria processual, o que caracterizaria decorrência lógica da visão publicista do sistema processual, e a imprescindibilidade de seu exame no quadro da *política* e do *poder*, com o aporte de contribuições da ciência política, e em suas relações com os demais institutos processuais, bem assim sob uma ótica funcional, aproximando-a das outras funções do Estado (legislativa e administrativa); 5) a afirmação da existência de *escopos metajurídicos* (sociais e políticos) do sistema processual jurisdicional, a par de seu precípuo *escopo jurídico*, identificado com a atuação da vontade concreta do Direito, e da relativização do binômio *direito-processo*; 6) a defesa da subordinação da técnica processual aos aludidos escopos, inclusive para o fim de equacionar exigências conflitantes ditadas por eles, e a consideração da instrumentalidade em seus aspectos negativo e positivo, em busca do *acesso à ordem jurídica justa*.

A primeira das premissas elencadas já foi objeto de estudo no início da seção, razão pela qual se passa diretamente à apreciação mais detida das que a seguem.

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES (2008, p. 79-106, 142, 253-254) filia a tendência publicista do instrumentalismo, segunda premissa acima arrolada, ao movimento da socialização processual, originado essencialmente, no âmbito teórico, da aceitação da ideia de OSKAR VON BÜLOW do processo como relação jurídica e do papel de aplicação jurídica solitária e sensível que ela reservava ao juiz, bem como, no âmbito legislativo, das propostas de ANTON MERGER e FRANZ KLEIN, que ganharam grande repercussão durante a primeira metade do século XX, especialmente em países da Europa continental e mesmo no Brasil, influenciando a elaboração ou a reforma de suas leis processuais. As críticas do autor à socialização processual estão em que, construída sobre o pilar do protagonismo judicial e da

⁷³ Males dentre os quais DINAMARCO (2005, p. 62) pontua o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade no curso do procedimento, que contrariariam os fundamentos éticos e históricos dos chamados princípios da demanda e dispositivo. Para análise da temática em sua correlação com a legitimidade *ad causam* como condição da ação, ver *infra*, 4.2.

relação jurídico-processual, com conseqüente solipsismo metódico, faz crer que os magistrados possuiriam um privilégio cognitivo em relação aos demais sujeitos processuais, o que lhes permitiria interpretações imperscrutáveis. Ademais, a implementação máxima dessa aplicação socializadora ensejaria quadro de apatia e atecnia dos advogados e das partes, que passariam a não exercer suas responsabilidades endoprocessuais, como demonstraram os sistemas jurídicos socialistas do Leste Europeu do segundo pós-guerra. Finalmente, a defesa de um protagonismo judicial voltado a compensar as desigualdades reais entre as partes, mediante estratégias de inclusão, pode ao revés se mostrar excludente, uma vez que encara os participantes do processo como cidadãos infantilizados e carentes de salvação pela superioridade do juiz, autorizando a ausência de preocupação com a formação técnica e a responsabilidade deles e contribuindo para esfacelar significativamente o debate e o espaço público processual, ao impor um único discurso jurídico válido, o percebido e preferido pelo magistrado.

Não obstante as preocupações de DIERLE NUNES sejam relevantes e dignas de atenção, é certo que pressupõem um *contexto ideal* de simetria entre os sujeitos processuais interessados e das condições dos seus discursos, que se apresenta como uma aspiração a ser perseguida e que depende substancialmente do resgate das promessas emancipatórias trazidas no art. 3º. da Constituição da República de 1988, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), garantir o desenvolvimento nacional (inciso II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Portanto, face à realidade socioeconômica brasileira atual, que ainda contempla milhões de pessoas desprovidas do mínimo respaldo material e intelectual necessário para o pleno exercício da cidadania, tal posicionamento, antes de dar azo à democracia processual, pode significar a perpetuação, em sede jurisdicional, das desigualdades e da falta de oportunidades que afligem imensa parcela da população, tornando o processo apenas mais um ambiente privilegiado em que se beneficiam aqueles que dispõem de poder econômico ou de influência política. Até porque, conforme leciona LUIZ GUILHERME MARINONI (1996, p. 148, 2008, p. 414), um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige postura ativa

do juiz, a quem compete inclusive dispensar tratamento desigual aos desiguais, para que a participação dos contraditores ocorra em igualdade de condições.

Ainda no tocante à ênfase à perspectiva publicista do processo, tal premissa levou ABOUD e OLIVEIRA (2008, p. 45-49) a vislumbrarem no instrumentalismo raízes no *modelo estatalista de fundamentação teórica das liberdades* (direitos individuais de primeira dimensão) a que alude MAURIZIO FIORAVANTI, segundo o qual aquelas não passariam de franquias ou concessões outorgadas aos indivíduos pelo Estado, de acordo com as contingências e conveniências deste.

Assim, todavia, não parece, porquanto um dos *escopos políticos* que a corrente doutrinária atribui ao sistema processual, como se verá adiante, é justamente o de concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade das pessoas que lhe estão sujeitas (DINAMARCO, 2005, p. 204), e não como mera vênua do ente estatal. Em acréscimo, não se pode olvidar que o sobredito modelo de fundamentação teórica, coincidente com o aparelhamento burocrático do Estado de Direito Liberal e a formação do Direito Público europeu (ABOUD; OLIVEIRA, 2008, p. 45-49), torna-se defasado e perde razão de ser diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, que, como já se consignou⁷⁴, lastreia-se no valor fundamental da *dignidade da pessoa humana* e em imperativos axiológicos de *moral* e *justiça*. Relembrando a adrede colacionada lição de DANIEL SARMENTO (2010, p. 172), “nos países dotados de constituições normativas que protegem direitos humanos, a moral racional foi trazida para o interior do Direito positivo e posta no seu patamar hierárquico mais elevado.” Destarte, o Estado, que na concepção liberal era visto como *inimigo* dos direitos fundamentais, passa à condição de *promotor* e *garantidor* deles.

Quanto à defesa da validade e da importância metodológicas da Teoria Geral do Processo, terceira das premissas indicadas, o intuito unificador e de evidente inspiração constitucional por ela propugnado, com vistas a elaborar noções comuns aplicáveis às vertentes da ciência processual, trouxe uma interconexidade entre todas, com conseqüente influência de uma sobre a outra, sempre buscando pensar a melhoria do sistema processual no enfoque de sua efetividade e, no caso

⁷⁴ Ver *supra*, 1.1.

do processo judicial, da justiça na prestação jurisdicional. Apesar de autorizadas vozes que a combatem, vindas especialmente do Processo Penal⁷⁵, trata-se de perspectiva metodológica de extrema importância reflexiva, que não pretende retirar de cada ramo da ciência do Direito Processual a sua autonomia ou impor respostas idênticas para os problemas diversos que enfrentam, pois, como frisa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 89), unidade de método não implica homogeneidade de soluções. Prova de seu êxito, ademais, é a identificação dos institutos fundamentais componentes da *quadriologia estrutural* da ciência processual, quais sejam, a jurisdição, a ação, a defesa e o processo, presentes e dotados das mesmas configurações elementares em qualquer das vertentes que se ocupam do processo jurisdicional (civil, penal, trabalhista ou eleitoral).

Questão delicada diz respeito à quarta premissa elencada, isto é, a centralidade conferida por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO à jurisdição. O jurista (2005, p. 94-95) expressamente refuta a colocação da ação ou do processo no cerne da teoria processual. Segundo ele, a ação não se prestaria a tal posição central por ostentar conotação individualista e restringir sua importância ao Processo Civil, posto que no Processo Penal a maior relevância é dada à defesa. Outrossim, enfatiza que nos processos não-jurisdicionais sequer há o conceito de ação a considerar. No que tange ao processo, afirma não ser fonte substancial de emanção e alvo de convergência das ideias, princípios e estruturas que perfazem a unidade do Direito Processual, pois, dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, dispondo-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos exteriores a esse sistema. Isso, sustenta DINAMARCO, destitui o processo, enquanto instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra, porquanto como

⁷⁵ Podem-se citar, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (1984, p. 53-58), JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (1989, p. 118-121), ROGÉRIO LAURIA TUCCI (2002, p. 53-55) e AURY LOPES JR. (2009, p. 33-36), que, em linhas gerais, acusam a Teoria Geral do Processo de tentar “colonizar” o Direito Processual Penal com conceitos e ideias oriundos do Direito Processual Civil, fazendo tábula rasa da independência e da dignidade científicas do primeiro e dos diferentes valores com que os processos objetos de ambos tratam, a *liberdade* no processo penal e o *patrimônio* no processo civil. Além deste reducionismo do papel do processo civil ser absolutamente equivocado, haja vista os interesses indisponíveis que cada vez mais encontram proteção em seu bojo (por exemplo, matérias relativas ao Direito de Família ou atinentes ao controle da Administração Pública, bem como os interesses difusos e coletivos), os pontos de contato e de similaridade entre aquelas vertentes do Direito Processual são bem mais numerosos do que as suas dessemelhanças, confirmando a valia da perspectiva unitária de compreensão e explicação de seus elementos fundamentais.

conjunto ou modelo de atos, do qual é inseparável a noção de procedimento, traz profunda e indisfarçável marca de formalismo.

ABBOUD e OLIVEIRA (2008, p. 50, 52-53) denunciam que os argumentos invocados por DINAMARCO em prol de tal colocação trazem consigo fragmentos ideológicos perigosos, pois o Estado passa a ser o único detentor do poder, enquanto os sujeitos interessados, desprovidos dele, apenas participam do processo e se tornam objetos sobre os quais o poder se exerce. Para os autores, trata-se de ideia autoritária, a qual desconsidera que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o Estado somente possui sobre os cidadãos o poder que o Direito lhe confere, bem como que os cidadãos também gozam de poderes e de direitos subjetivos oponíveis contra o próprio Estado.

A leitura feita por ABBOUD e OLIVEIRA, entretanto, parece apressada, ignorando novamente o *escopo político* do sistema processual de concretizar o culto ao valor *liberdade*, limitando e fiscalizando os contornos do poder e do seu exercício em favor das pessoas que lhe estão sujeitas (DINAMARCO, 2005, p. 204).

Todavia, afigura-se em boa medida acertada, neste ponto, a crítica de DANIEL MITIDIERO (2007, p. 30-31), para quem insistir na colocação da jurisdição no centro da teoria do Direito Processual revela visão um tanto unilateral do fenômeno processual e ignora a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na doutrina constitucionalista hodierna. De acordo com o autor, não se nega o papel fundamental que se atribui à jurisdição no quadro do processo, mas antes se reforça a condição das partes, igualmente fundamental para o bom desembargo do processo e para o alcance da justiça no caso posto em juízo, eis que o formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do juiz e dos contraditores. Outrossim, a compreensão do processo como polo metodológico central da ciência processual bem responde ao caráter problemático assumido pelo Direito nos tempos atuais, para cuja solução concorrem argumentativamente todos aqueles que participam do feito. A propósito, a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética, do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário. Por outro lado, a democracia participativa, tida como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto do poder pelo povo, potencializando-se o valor participação e incrementando-se as posições jurídicas das partes, a fim de que aquele se constitua

firmemente um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais. Por derradeiro, processo não é sinônimo de formalismo, visto que o *processo justo* é aquele substancializado e permeado, em sua estrutura íntima mínima, pelos direitos fundamentais.

Também ANTONIO SCARANCE FERNANDES (2005, p. 33), conhecido adepto da corrente instrumentalista, entende que o processo deve figurar como categoria central da ciência processual, uma vez que dele irradiam os outros institutos fundamentais. Ele é o palco por excelência da manifestação das atividades dos atores processuais (juiz e partes), porquanto nele se desempenham de maneira equilibrada e coordenada os misteres judiciais, quer-se dizer, a jurisdição enquanto atividade, e os atos inerentes à ação e à defesa.

Com efeito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, mais do que o próprio *poder*, importam os meios e mecanismos de controle do seu exercício e de participação neste exercício. Diante de tal observação, sobreleva a relevância do processo, estrutura normativa dialética que, simultaneamente, funciona como instrumento para a atuação da jurisdição, enquanto emanção do poder estatal, e como limite dela mesma, pois a condiciona fortemente a requisitos constitucionais e legais e estabelece os marcos de sua validade e legitimidade na efetiva e igualitária oportunidade de participação dos sujeitos interessados, que serão atingidos pelo provimento imperativo ao final resultante. O processo, figurativamente, aparece como um *duto* intransponível, porém dotado de certa elasticidade em algumas de suas seções (notadamente as formas procedimentais), pelo qual o poder jurisdicional deve forçosamente fluir e que, destarte, confere-lhe uma determinada moldura (democrática). Sem prejuízo, é ele que põe em *dinâmica e concreta relação* os institutos fundamentais da ciência do Direito Processual. Pelas razões alinhavadas, merece a posição de centralidade nela, até como modo de justificar o destaque e a permanência do adjetivo que compõe a sedimentada nomenclatura dessa disciplina do saber jurídico.

Convém fazer menção, ainda, à posição de ABOUD e OLIVEIRA (2008, p. 54-57), que propõem a substituição da jurisdição, como polo metodológico da ciência processual, pela *relação jurídica*, que compreendem a partir de uma perspectiva hermenêutico-filosófica e com base na lição de ARTHUR KAUFMANN. Conforme enunciam, em sua proposta não se distingue entre a *relação jurídica substancial* e a *relação jurídica processual*, pois tal dicotomia, segundo veem,

objetifica a relação jurídica e é calcada na relação sujeito-objeto, típica da filosofia da consciência.

Cabe frisar que os autores não aprofundam essa última assertiva, o que impede melhor aferição e crítica dos seus fundamentos. Todavia, pode-se advertir para a confusão de planos que a acolhida de tal posicionamento é capaz de ensejar e que nada contribui para a ciência do Direito Processual, fazendo-a, ao revés, regredir mais de cem anos, de volta à fase sincrética. Com efeito, os muitos ensinamentos produzidos por quase século e meio, desde a proclamação da autonomia daquele ramo do conhecimento, levaram à separação dos estudos dos fenômenos concernentes ao direito material dos estudos daqueles de ordem processual, erigindo um sólido edifício conceitual que não deve ser pura e simplesmente renegado, mesmo a pretexto de se realizar uma reflexão hermenêutica, pois no mínimo já integra os *pré-juízos* (autênticos, a nosso ver) de qualquer intérprete versado nas letras jurídicas, formando a sua *pré-compreensão* e influenciando inequivocamente, por consequência, na *compreensão* e na *interpretação* mesmas. Sob outro ângulo, não se perca de vista que a sistematização de conceitos e a elaboração de categorias jurídicas operam essencialmente no *plano lógico-formal*, ou, usando outra terminologia, no *nível apofântico* (*vetor de racionalidade de segundo nível*), da *explicitação do compreendido*, onde o método encontra seu terreno propício (STRECK, 2010, p. 69-73). Assim, a aludida proposta, por desconsiderar relevantes preocupações hermenêuticas e metodológicas, não merece prosperar.

Encerrando as anotações atinentes à quarta premissa, é possível afirmar que a aventada imprescindibilidade do exame da jurisdição no quadro da política e do poder, com o aporte de contribuições da ciência política, e em suas relações com os demais institutos processuais, bem assim sob uma ótica funcional, aproximando-a das outras funções do Estado (legislativa e administrativa), é salutar, posto que, ao lado de uma exegese intrassistemática e interdisciplinar nas searas do Direito Processual e do Direito Constitucional, integrando estes ramos por meio de um objeto comum, busca a sempre gratificante e reveladora abordagem transdisciplinar, promovendo o diálogo com importantíssimo setor das ciências sociais.

Partindo para a quinta premissa anteriormente arrolada, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 181-182) aduz que é vaga e de pouca valia para o

conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, se não acompanhada da indicação dos objetivos a serem atingidos mediante o seu emprego, eis porque o raciocínio teleológico há que incluir, necessariamente, a fixação dos escopos do sistema processual jurisdicional, quer-se dizer, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que nele agem. Ademais, alerta o jurista não ser lícito encarar a problemática teleológica com pretensão à universalidade e à eternidade, visto que, como expressão do poder, a jurisdição é canalizada à consecução dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam se consideram também sujeitos a variações no espaço e no tempo. Em linha similar, LUIZ GUILHERME MARINONI (1996, p. 92) acentua que, se a noção de Estado varia no tempo, é lógico que a natureza da jurisdição não poderá deixar de se modificar.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 192) salienta, contudo, algumas tendências que se mostram universais quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas; a destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais, equilibrando os valores *poder* e *liberdade*; o reconhecimento do dever do Estado, que o exerce mediante o processo, de interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da *paz social*. Conclui que, ainda que se examinem os escopos da jurisdição em certo ente estatal concreta e temporalmente situado, tais dados necessariamente afloram, mesmo não sendo os únicos do contexto teleológico considerado e conquanto varie a intensidade de cada um deles na ordem interna.

LUIZ GUILHERME MARINONI (1996, p. 92) leciona que o Estado brasileiro atual adota um modelo de democracia representativa com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental, razão por que o regime assume a forma de democracia participativa, que também é democracia social e pluralista, uma vez que a Constituição Federal incorpora princípios da justiça social e do pluralismo. Segundo o autor, a democracia social e participativa tem fins bem distantes daqueles antes buscados pelo Estado Liberal, sendo assim natural que o Direito e a jurisdição apresentem outros propósitos além do preconizado por GIUSEPPE CHIOVENDA em época já remota, consistente na atuação da vontade concreta da lei. Fazendo coro a tal observação,

sustenta EDUARDO CAMBI (2002, p. 92) que o processo civil⁷⁶ contemporâneo não deve se preocupar exclusivamente com o seu *escopo jurídico*, mas também com seus *escopos sociais e políticos*.

De fato, a corrente instrumentalista aponta para a existência dos denominados *escopos metajurídicos* do sistema processual jurisdicional, divididos em *sociais* e *políticos* (CAMBI, 2002, p. 92; DINAMARCO, 2005, p. 193-214; MARINONI, 1996, p. 96-102).⁷⁷

Os *escopos sociais* do processo e da jurisdição são, fundamentalmente, a *pacificação social com justiça* e a *educação para o exercício dos direitos*. Por pacificação social com justiça se deve entender que ao sistema processual jurisdicional incumbe a tarefa de eliminar conflitos mediante a aplicação de critérios objetivos e justos, extraídos do ordenamento jurídico. Em acréscimo, o adequado funcionamento do sistema é fator exemplar e instrutivo para que o cidadão creia em sua real capacidade de dirimir controvérsias, estimulando o exercício dos próprios direitos e o respeito aos alheios.

Os *escopos políticos* do processo e da jurisdição, ao seu turno, consistem em *afirmar o poder do Estado e a autoridade de seu ordenamento jurídico, concretizar o culto e a tutela à liberdade e assegurar a participação popular nos destinos da coletividade política organizada*, para a estabilidade das instituições. Com efeito, de nada adiantaria ao ente estatal fixar preceitos regentes da vida das pessoas em sociedade se não dispusesse de meios coercitivos para conseguir a sua obediência, colocando-se em posição de superioridade perante elas. Assim, verificada ao cabo do processo jurisdicional a infração de suas normas, cumpre ao Estado recompor a integridade do ordenamento, valendo-se inclusive dos expedientes da coação e da sanção. Sob outro ângulo, essa supremacia estatal não é irrestrita, devendo se conter nos limites traçados pelo próprio Direito em prol da dignidade e da liberdade vistas como inerentes ao ser humano, razão pela qual se lhe interpõe um forte anteparo substancial (por exemplo, o princípio da legalidade) e instrumental (por exemplo, os “remédios constitucionais”). Finalmente, faz-se imperioso garantir aos cidadãos, individual ou coletivamente, mecanismos que

⁷⁶ Assim como os processos penal, trabalhista e eleitoral, acrescente-se.

⁷⁷ DIERLE JOSÉ COELHO NUNES (2008, p. 144) adverte parecer errônea a afirmação de que o surgimento da ideia de escopos metajurídicos da jurisdição seria recente, indicando como seus antecedentes as obras de FRANZ KLEIN e RUDOLF WASSERMAN, bem como de outros socializadores, desde o final do século XIX até os dias atuais.

possibilitem influir nos rumos do Estado ou corrigir os desvios nas rotas definidas nos espaços deliberativos legislativos e administrativos, por intermédio do sistema processual jurisdicional, que se torna mais um *locus* da democracia participativa, em complemento aos canais habituais.

No que concerne ao *escopo jurídico* do sistema processual jurisdicional, o instrumentalismo, partindo da *teoria dualista ou declarativa* do ordenamento jurídico, matizada pela relativização do binômio *direito-processo*, e da atualização da ideia de CHIOVENDA, vislumbra-o como a *atuação da vontade concreta do Direito* (BEDAQUE, 1997, p. 50-51; CAMBI, 2002, p. 92; DINAMARCO, 2005, p. 255-259; MARINONI, 1996, p. 93-96). Dois esclarecimentos merecem ser tecidos neste ensejo.

Em brevíssima síntese, a *teoria dualista ou declarativa* do ordenamento jurídico diferencia os planos do direito material e do direito processual, prelecionando a suficiência do primeiro para originar direitos e obrigações, tão logo se realize no mundo empírico a previsão factual trazida em determinado texto normativo. Ao processo e à jurisdição, portanto, compete apenas a resolução de situações patológicas e pontuais de inobservância das normas substanciais, sem maior eficácia criativa sobre as situações jurídicas delas derivadas. A tal concepção se contrapõe a *teoria unitária ou constitutiva* do ordenamento jurídico, para a qual o processo jurisdicional é uma *dimensão* ou um *momento essencial* da vida dos direitos e obrigações, que antes dele não ostentariam certeza e nem firmeza (DINAMARCO, 2005, p. 230). Evitando descer a minúcias exorbitantes dos lindes metodológicos desta dissertação e passando muito distante da pretensão de oferecer resposta definitiva à centenária celeuma doutrinária, afigura-se superior, ao menos para explicar a realidade hodierna do fenômeno jurídico nos países filiados à tradição romano-germânica (sistemas de *Civil Law*), a primeira concepção. Com efeito, basta um olhar à vida cotidiana para constatar que, no trânsito jurídico normal, muitos direitos nascem e são regularmente satisfeitos, muitas obrigações surgem e são corretamente cumpridas, sem a intervenção judicial. Ademais, como bem lembra FRIEDRICH MÜLLER (2005, p. 35-36), aludindo expressamente ao Direito Constitucional, a *observância da norma*, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, também já é *concretização dessa norma*.

A teoria dualista ou declarativa alcança inclusive o processo penal condenatório, não obstante sua *relação de complementaridade funcional* (DIAS,

1984, p. 28-29) com as normas penais substanciais, visto que estas, em alguma medida, também são capazes de produzir efeitos sem ele. De fato, as normas proibitivas que se extraem dos preceitos primários dos tipos penais incriminadores (por exemplo, “é proibido matar”, que se pode extrair do art. 121 do Código Penal) cumprem sua finalidade dissuasória, seja pela intimidação de potenciais infratores (prevenção geral negativa), seja pelo despertar do respeito aos bens jurídicos tutelados (prevenção geral positiva), sempre que observadas por seus destinatários, evitando a perpetração de ilícitos penais. Apenas os preceitos secundários dos tipos penais incriminadores, que fixam as sanções e suas balizas, não podem operar sem o processo penal condenatório, por uma exigência garantista trazida no art. 5º., incisos LIV e LVII, da Constituição Federal (*nulla poena sine iudicio*). Todavia, ainda quando instaurado o processo penal de conhecimento para o accertamento da prática delitativa, as atividades do órgão judicial e das partes serão preponderantemente (se não exclusivamente) *retrospectivas*, posto que trabalharão essencialmente com a reconstrução histórica dos dados empíricos do episódio narrado na denúncia ou na queixa e com a avaliação jurídica dos mesmos como elementos ou circunstâncias da infração penal imputada. A relevância penal e as consequências jurídicas do fato, portanto, são mensuradas de acordo com as normas vigentes ao tempo de sua ocorrência, ressalvadas as hipóteses em que se considera o comportamento pós-delitivo (por exemplo, no arrependimento posterior ou na reparação do dano *ex delicto*), por razões de política criminal, ou em que houver o advento de lei penal mais benéfica (art. 5º., inciso XL, da CF).

Quanto à relativização do binômio *direito-processo*, a perspectiva teleológica, sem desprezar o peculiar âmbito de incidência do ordenamento processual, qual seja, a regulação jurídica das atividades de órgãos, pessoas e entes e dos procedimentos componentes do sistema processual jurisdicional, que permite distinguir nitidamente suas normas das normas do ordenamento substancial, reconhece que aquele não constitui um fim em si mesmo, mas está voltado precipuamente à realização das normas materiais (BEDAQUE, 1997, p. 11). Por outro lado, também reconhece que entre os planos substancial e processual há áreas de íntimo contato, os chamados *pontos de estrangulamento*, nos quais se percebe a intensa influência do primeiro na formatação de institutos e de regramentos pertencentes ao segundo (DINAMARCO, 2005, p. 222).

Retomando a linha expositiva, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (1997, p. 50-51) assevera lhe parecer que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que procura alcançá-los por meio de suas ações, podendo-se dizer que o escopo jurídico absorve o social e o político. Daí, a seu ver, as decisões proferidas em conformidade com o direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade estatal, salvo nos casos excepcionais em que o ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo.

Da mesma forma, AROLDO PLÍNIO GONÇALVES (1992, p. 188) entende que toda a polêmica questão dos escopos metajurídicos do processo deságua no direito substancial, porquanto é na atuação dele que se atenderão aos *fins sociais* ou às *exigências do bem comum* preconizados pelo art. 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942, antes chamado de Lei de Introdução ao Código Civil e renomeado pela Lei n. 12.376/2010). Segundo ele, o julgador não pode invocar tais *standards* vagamente na aplicação jurídica, estando ao revés obrigado a uma precisa e detalhada especificação de seus significados no caso concreto; por outro lado, o contraditório permitirá às partes influir na construção ou na reconstrução desses significados, sempre com os olhos voltados ao direito material, que disciplinará a solução do conflito. Conclui que os escopos metajurídicos são, por isso, eminentemente jurídicos e pertinentes ao ordenamento substancial.

Não se olvide que a chamada *Escola Mineira de Direito Processual da PUC-Minas* (NUNES, 2008, p. 201-202), partindo de uma percepção procedimentalista da democracia, assentada sobretudo no pensamento de JÜRGEN HABERMAS, opõe-se com vigor ao instrumentalismo, em especial às ideias dos escopos metajurídicos do sistema processual jurisdicional e do papel assumido pelo juiz diante deles.

Questionando diretamente as propostas de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, DIERLE JOSÉ COELHO NUNES (2008, p. 142-145), um dos membros da mencionada Escola, atribui àquele a tentativa de defender, no plano ideológico, a função jurisdicional como missão de busca da implementação solitária dos valores (uniformes) da sociedade, procurando, dentro de um enfoque axiológico, a estruturação e o desenvolvimento processuais sob ótica constitucional-social, em certa medida comunitarista, com aplicação dos princípios constitucionais e

predominância da atuação dos magistrados, cujos entendimentos cogentes o processo apenas se prestaria a legitimar. Segundo o autor, nessa mirada, a legitimidade constitucional do sistema jurídico dependeria sobremaneira de procedimentos vocacionados à ampla obediência, pelos cidadãos, das decisões judiciais, sem participação adequada dos interessados, que somente serviria como colaboração para que o canal da carga axiológica (o juiz) encontre solução conforme a uma concreta ordem de valores. Ademais, o papel do magistrado de viabilizador e arauto dessa (presumida) ordenação valorativa homogênea lhe garantiria o acesso privilegiado à interpretação “correta” da “normatividade” extraída de uma “melhor leitura” dela e, por conseguinte, autorizaria o desprezo ao legislador, à lei e à argumentação das partes, relembrando muito a concepção sustentada pelos juristas alemães do nacional-socialismo, que buscavam uma coincidência de convicção no sentir e querer de todos os membros da comunidade jurídica. Para além disso, destaca que a teoria de DINAMARCO procura elaborar táticas para a mudança social de acordo com as escolhas políticas do juiz, supostamente colhidas nos valores do ordenamento.

DIERLE NUNES elucida os principais pontos refratários entre sua doutrina e as proposições instrumentalistas de DINAMARCO:

A divergência da proposta elaborada pelo autor e a aqui defendida é notória, uma vez que, para Dinamarco, o procedimento jurídico funciona como mero instrumento de aplicação de um ideal predefinido de bem viver, fruto dos “sentimentos da nação”, com conteúdos fixos (“ordem concreta”), atribuído ao critério de sensibilidade de seu agente estatal. A legitimação é obtida mediante a compatibilidade do sistema processual com uma presumida realidade axiológica (DINAMARCO, 2001, p. 137).

O sistema processual funcionaria como mero instrumento do Estado para consecução dos escopos por ele traçados (DINAMARCO, 2001, p. 55).

Já nessa tese, se defende que o procedimento é constitutivo de todo o processo de decisão, de modo que, para o aqui defendido **processualismo constitucional democrático**, a comparticipação e o policentrismo são institutivos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos predeterminados ao se aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e fomentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias. (2008, p. 147)

Em idêntico sentido, ANDRÉ CORDEIRO LEAL, outro integrante daquela Escola, anuncia que a atribuição de escopos metajurídicos à jurisdição trata o juiz

[...] como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável do bando soberano, que cria uma fronteira móvel (kafkiana) de aplicação do direito em que ele está fora da legalidade para fixar os limites do ordenamento e

sua direção, colocando o julgador (juiz-führer, como quer Couture) na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar ao de decretação do estado de exceção schmittiano. (2008, p. 32-33)

Para ele (2008, p. 137), em acréscimo, os instrumentalistas, embora critiquem a atuação da vontade concreta da lei de CHIOVENDA, não se aperceberam que postulam exatamente que a jurisdição faça valer uma vontade concreta, só se alterando a sua fonte: antes, a vontade da lei ou do legislador; agora, os valores vigentes na sociedade, acessíveis exclusivamente a um julgador magnânimo e preparado. Conclui que a concretude da vontade se desloca, na Escola Instrumentalista do Processo, do texto legal para uma realidade social *em si mesma*, um enfoque que, antes de axiológico, é axiologizante.

Não obstante as preocupações externadas pelos juristas acima citados sejam dignas de encômios, suas análises, se levadas ao exagero, acabarão por desconsiderar o *ser*, a *historicidade* e a *tradição* do processo jurisdicional, a sua *realidade íntima e milenar*, e por equipará-lo em tudo aos processos deliberativos de formação da vontade pública, tal o emblemático processo legislativo. Com efeito, não há como trasladar todas as exigências e características destes para aquele, posto que algumas delas são absolutamente incompatíveis com o primeiro. Outrossim, referidas preocupações, já se adiantou, partem de uma percepção procedimentalista da democracia, o que leva a discussão dos escopos do sistema processual jurisdicional de volta ao embate entre o substancialismo e o procedimentalismo.

O processo jurisdicional foi, desde sua incorporação pelas sociedades políticas inicialmente mais organizadas⁷⁸, é na atualidade e provavelmente ainda será durante longo tempo um *método heterocompositivo de resolução de controvérsias*. *Heterocompositivo* justamente porque a *solução para o conflito é ditada por um terceiro*, estranho às partes em disputa. Portanto, afigura-se ínsita à natureza mesma dele, sob o viés da jurisdição pública, a ideia de *imposição de uma decisão*, como um ato de *positivação de poder* (BUENO, 2010, p. 286). Essa imposição pressupõe uma relação necessariamente assimétrica entre aquele que impõe a decisão e aqueles sobre os quais ela é imposta. O primeiro há que se encontrar em um patamar de superioridade relativamente aos últimos, ou seja, *supra*

⁷⁸ Ver *supra*, início da seção 2.

e *inter partes*. Do contrário, a decisão não terá como ser realmente *imposta*, passando a depender em cada caso da aquiescência dos destinatários.⁷⁹

É claro que em sua evolução histórica, e de modo a ganhar legitimidade, diminuir o arbítrio do julgador e privilegiar as posições das partes, o processo jurisdicional e a conseqüente imposição da decisão nele proferida se viram cada vez mais regulamentados e cerceados, tanto na forma quanto no conteúdo⁸⁰, até atingirem o que, no presente momento e no contexto do Estado Democrático de Direito, parece ser um ponto ótimo de equilíbrio entre o poder e o respeito à liberdade e aos direitos individuais, entre as atuações do órgão judicial e das partes. Com efeito, nos países democráticos em geral, o processo jurisdicional assume feição dialógica e se abre para a celebração contraditória e a oportunidade de ampla participação dos sujeitos interessados, aos quais se permite o exercício dos poderes e faculdades e a desincumbência dos ônus inerentes à ação e à defesa, argumentando, provando e influenciando das maneiras lícitas cabíveis sobre o convencimento do juiz. Por outro lado, dentre outras limitações à potestade que desempenha, cobra-se do julgador o dever de fundamentar seu pronunciamento, impreterivelmente sopesando as contribuições das partes, dever esse correlato aos próprios direitos de ação e de defesa e à garantia do contraditório, caracterizando um meio de torná-los eficazes. Ao fim e ao cabo, contudo, sobrevém uma decisão que se impõe inevitavelmente às partes, legitimada na hipótese pelo *iter* precedente e pelas possibilidades por elas desfrutadas de defenderem seus interesses e

⁷⁹ É certo que essa assimetria apresentou um movimento pendular no curso histórico do processo jurisdicional, ora para mais, aumentando-se os poderes conferidos ao juiz, ora para menos, enaltecendo-se as posições das partes e a disponibilidade de seus interesses, porém nunca deixou de existir. Tal variação tem refletido essencialmente os momentos políticos atravessados pelas sociedades humanas e os contextos de maior valorização do público (nas épocas de concentração do poder) ou do privado (nas épocas de fragmentação ou limitação do poder). Exemplos de momentos de maior valorização do privado e de redução da assimetria, com o lançamento do magistrado a um papel de espectador passivo do duelo judiciário travado pelos litigantes, são o chamado processo isonômico do *Ordo Judicarius* da Era Medieval (MITIDIERO, 2006, p. 181-187) e o processo dos Estados Liberais do início do século XIX (DAMASCENO, 2010, p. 62-63). No primeiro caso subjazia a fragmentação do poder político típica da estrutura feudal, ao passo que no segundo se tinha o predomínio da ideologia liberal e individualista, a ditar severas restrições à intervenção estatal em qualquer aspecto da vida social.

⁸⁰ Lembre-se, a propósito, a assertiva doutrinária da precedência histórica da jurisdição sobre a legislação, mencionada no início da seção 2. Para COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (2011, p. 26), afirmar que o Direito representa o *critério da decisão*, ou seja, da *resolução do conflito*, equivale a dizer que a hipótese de solução vem escolhida como “válida” ou “justa” porque assim configurada com base em uma norma. O “sim” a uma hipótese de solução significa que esta é juridicamente fundada, ao passo que o “não” significa um juízo de falta de fundamento jurídico. Dessa forma, o âmbito da decisão resulta delineado em função do Direito aplicável e as possíveis hipóteses de solução do conflito são todas e somente aquelas configuráveis com base em normas jurídicas. Qualquer outra hipótese de solução é excluída da gama de hipóteses que podem ser levadas em consideração no processo.

tentarem fazer prevalecer seus pontos de vista (BUENO, 2010, p. 286). Mas não deixa de ser um *ato de positivação do poder* que revela a *inafastável assimetria* entre o Estado-juiz e os contraditores, hoje juridicamente regulada e limitada ao grau necessário para o bom êxito das tarefas a cargo do primeiro, isto é, mantendo-se a sua *autoridade*, todavia freando eventual *autoritarismo*.

Logo, e aqui é propício esclarecer, expressões como *visão cooperativa do processo* (OLIVEIRA, 2011, p. 16), *construção participada da decisão* (BARROS, 2009, p. 14) e *comparticipação* e *policentrismo* (NUNES, 2008, p. 147) não devem ser tomadas em acepção que conduza a crer que o processo jurisdicional hodierno se tornou um verdadeiro e próprio *locus* deliberativo, no qual se procura a grande custo a convergência de opiniões, mas apenas no sentido de que, a par das garantias de efetiva e isonômica participação dos sujeitos interessados, em colaboração com o magistrado, põe-se a este o indeclinável dever de considerar todas as contribuições argumentativas e probatórias por eles trazidas (OLIVEIRA, 2012). A tais aspectos se resume a democracia processual, que não demove o juiz de sua clássica posição *supra* e *inter partes*, como decorrência da milenar natureza e da realidade do processo jurisdicional como *método heterocompositivo de resolução de controvérsias*, bem como da atual visão publicista do mesmo.

Afirmar que o julgador há que construir seu *decisum* mediante critérios intersubjetivamente produzidos e controláveis não significa dizer que está irremediavelmente vinculado às teses e alegações propostas pelos litigantes na exclusiva (e não raras vezes egoísta) tutela de seus interesses, salvo no que concerne às matérias vedadas ao conhecimento oficioso, e nem que, como fruto da cooperação deles, qualquer solução pode ser pronunciada pelo magistrado. Seu compromisso, antes de tudo, é com o ordenamento jurídico e com o recorte do mundo empírico relevante para o julgamento da demanda, a partir dos quais extrairá, nessa atividade intersubjetiva, a norma jurídica (regra ou princípio) de regência. Por isso, no processo jurisdicional democrático, o procedimento *não é por si só* constitutivo de *qualquer conteúdo* do provimento. Este sempre haverá que refletir e estar de acordo com os preceitos materiais do sistema jurídico. No que toca à conexão entre direitos fundamentais e procedimentos legais, os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material (ALEXY, 2008, p. 490).

Resta nítido que o processo jurisdicional guarda inconciliáveis diferenças com os processos deliberativos de formação da vontade pública, a impedir que recebam idêntico tratamento. Enquanto o primeiro ordinariamente se destina à prolação de decisão, baseada em critérios jurídicos preestabelecidos (fornecidos pela Constituição e pelos textos normativos infraconstitucionais), que reconheça razão a um dos contraditores, os últimos se vocacionam à formação do consenso possível, normalmente pelo critério majoritário, acerca de determinado assunto. Enquanto o resultado do primeiro, via de regra, tem caráter marcadamente retrospectivo, não inovando originariamente na ordem jurídica, os resultados dos últimos costumam ostentar caráter prospectivo, ofertando inovações, mesmo que complementares, nos quadros do ordenamento jurídico. Finalmente, usando as categorias habermasianas (HABERMAS, 1999; NOBRE, 2008; REPA, 2008), enquanto no primeiro predominam⁸¹ as *ações instrumentais e estratégicas* das partes, voltadas ao *êxito*, nos últimos a prevalência é (ou ao menos deve ser) da *ação comunicativa*, voltada ao *entendimento*. Assim, a similitude entre o processo jurisdicional e os processos deliberativos de formação da vontade pública somente se verifica em nível mais abstrato, por utilizarem a *estrutura normativa processual*, caracterizada pelo procedimento e pela realização em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 709-710).

No que tange à discussão sobre os escopos do sistema processual jurisdicional, como se afirmou linhas acima, deve ser levada de volta ao embate entre o substancialismo e o procedimentalismo. Com efeito, posta em relevo anteriormente⁸² a filiação da Constituição da República de 1988 ao paradigma substancialista, pois alberga conteúdos axiológicos materiais e lhes confere formatação normativa, convertendo-os em regras e princípios, cumpre averiguar se os citados objetivos nela estão expressamente assentados ou, no mínimo, se dela são dedutíveis, uma vez que, em respeito à democracia, não podem ser entregues a

⁸¹ Predomínio que não exclui a possibilidade de soluções consensuais alvitadas pelos próprios contraditores, tais as previstas no art. 269, incisos II (reconhecimento jurídico do pedido pelo réu), III (transação entre as partes) e V (renúncia pelo autor ao direito em que se funda a pretensão), do Código de Processo Civil e nos artigos 76 (a chamada transação penal) e 89 (a suspensão condicional do processo penal) da Lei n. 9.099/1995. Outrossim, as ações instrumentais e estratégicas não podem desbordar dos limites éticos impostos às condutas das partes, traduzidos, no processo civil, nos deveres de veracidade, honestidade, lealdade, probidade e boa-fé (art. 14 do CPC), sob pena de se configurar a litigância de má-fé (art. 17 do CPC), passível inclusive de sanção pecuniária e do reconhecimento da obrigação do culpado de indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos e de lhe ressarcir todas as despesas efetuadas (art. 18 do CPC).

⁸² Ver *supra*, 1.4.

preferências solipsistas do intérprete, notadamente do juiz, e a seu subjetivo ponto de vista sobre os valores vigentes na sociedade (DWORKIN, 2001, p. 101; GONÇALVES, 1992, p. 185-188; STRECK, 2010, p. 38). Assim, ou eles constam do catálogo constitucional e ostentam *feição normativa e força vinculante do mais elevado nível*, eis que todos os preceitos constitucionais devem desenvolver alguma eficácia⁸³, ou dele estão ausentes e não passam de meras exortações ou opiniões, incapazes de serem impostas de maneira cogente e carentes de legitimidade democrática. Procedendo a uma leitura da Lei Maior guiada por essa indagação, é possível encontrar os dispositivos que conferem supedâneo aos escopos do sistema processual jurisdicional já nos seus artigos 1º. a 3º., evidenciando o íntimo liame dos aludidos escopos com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no Título I.

Os *escopos sociais* são imediatamente dedutíveis do art. 1º., inciso II, e do art. 3º., inciso I. A *educação para o exercício dos direitos* nada mais é do que uma das facetas da *cidadania*, fundamento do Estado Brasileiro, compreendida em seu sentido mais amplo de participação e integração na vida da sociedade política, isto é, de titularidade igualitária, consciente e responsável de direitos e deveres perante a coletividade (NEVES, 2006, p. 182-183; SILVA, 2002, p. 104). Ao seu turno, a *pacificação social com justiça* se insere, como caminho ou meio necessário, no objetivo fundamental de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*.

Os *escopos políticos* se extraem do art. 1º., inciso I, que consagra como fundamento a *soberania*, cujo corolário é a *afirmação do poder do Estado e da autoridade do seu ordenamento*; dos artigos 1º., inciso III, e 3º., inciso I, que respectivamente preveem o fundamento da *dignidade da pessoa humana* e o objetivo de construir uma *sociedade livre*, concretizando o culto e a tutela à *liberdade*; e do art. 1º., *caput*, inciso V, e parágrafo único, que, ao registrar o pluralismo político como fundamento da República Brasileira e proclamar solenemente que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, *garante a participação no exercício do poder, inclusive por meio do processo*.

Finalmente, o *escopo jurídico de atuação da vontade concreta do Direito* é inerente às ideias de Estado Democrático de Direito (art. 1º., *caput*) e da

⁸³ Ver *supra*, 1.3.

tripartição das funções estatais (art. 2º.), espraiando-se ainda pelo Título II da Carta Magna, na garantia da segurança jurídica (art. 5º., *caput*), na garantia da legalidade (art. 5º., inciso II) e na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º., inciso XXXV), bem como por muitas outras disposições constitucionais (por exemplo, referentes às matérias em que é exigida disciplina legislativa, às atribuições dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos etc.).

Verificadas a presença dos escopos do sistema processual jurisdicional no quadro constitucional e sua conexão com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que se prestam a concretizar *sub specie jurisdictionis*, e afastando-se as dúvidas e os questionamentos sobre a *legitimidade democrática*, a *feição normativa* e a *força vinculante* daqueles, sedimentadas que estão no mais elevado estrato da ordem jurídica, põe-se a pergunta sobre sua específica natureza na contemporânea tipologia das normas, isto é, se consistem em *regras*, *princípios* ou *postulados normativos aplicativos*.⁸⁴ Ao lado do *critério topográfico* dos enunciados normativos que os alicerçam, fornecedor de um primeiro indício de tal natureza, há que se atentar que os escopos do processo têm caráter imediatamente finalístico e primariamente prospectivo e pretensão de complementaridade e de parcialidade, demandando, para sua aplicação, a avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção, sendo assim, nos moldes da conceituação de HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 78-79), verdadeiros *princípios jurídicos*.

Tratando-se de *normas principiológicas constitucionais*, os escopos se impõem tanto ao Poder Legislativo, que deve observá-los ao formatar e estabelecer a disciplina legal dos institutos processuais, quanto ao Poder Judiciário, que deve tomá-los em conta e buscá-los em cada situação concreta submetida à sua apreciação. Operam os escopos desde o plano abstrato até o concreto, quer-se dizer, na configuração e no funcionamento do sistema processual jurisdicional. Colocam-se simultaneamente como balizas norteadoras dele, integrando sob esta ótica a *tutela constitucional do processo*, e como objetivos a serem implementados por ele, fazendo parte do fenômeno jurídico em sua manifestação empírica. Perpassam, por conseguinte, o sistema normativo processual (o ramo do

⁸⁴ Ver *supra*, 1.2.

ordenamento jurídico denominado Direito Processual) e o sistema processual jurisdicional enquanto realidade da vida jurídica e sociopolítica nacional.

Vale notar que os escopos sociais e políticos do sistema processual jurisdicional lhe conferem porosidade aos influxos dos sistemas social e político, a partir de uma filtragem pela Constituição Federal, que funciona, na perspectiva sistêmica luhmanniana, como *acoplamento estrutural* entre eles (LUHMANN, 2009, p. 128-133; NEVES, 2006, p. 95-96). Sob outro ângulo, o sistema processual jurisdicional, mormente no tocante à tutela dos interesses transindividuais, produz resultados que repercutem nos próprios sistemas social e político (SANTOS, p. 150-151), perfazendo-se o ciclo de influências recíprocas.

Ademais, cabe ressaltar que, estando os escopos sociais e políticos encampados pela Carta Magna sob forma principiológica, tal qual se discorreu, são eles, em última análise, também *jurídicos*, porque, na expressiva imagem de MIGUEL REALE,

[...] o Direito é como o Rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais. (1996, p. 22)

Destarte, parece mais acertado falar em *escopos jurídico-sociais e jurídico-políticos*, ao lado de um *escopo jurídico-técnico*, ou *jurídico em sentido estrito*⁸⁵, que, por sua vez, é corretamente definido por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁸⁶:

O exercício da função jurisdicional visa à *formulação* e à *atuação prática* da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (*formulação* da norma jurídica concreta) corresponde, segundo terminologia tradicional, o *processo de conhecimento* ou de *cognição*; ao segundo aspecto (*atuação prática* da norma jurídica concreta), o *processo de execução*.

⁸⁵ Afirmar no texto o caráter *técnico* da atividade jurisdicional significa apenas dizer que seu desempenho depende de conhecimentos técnico-científicos especializados no campo jurídico, sem perder de vista sua dimensão ético-prática e, por conseguinte, sem a reduzir a uma mera racionalidade instrumental. Para um exame da temática da relação entre ciência, técnica e ideologia, recomendável a leitura do ensaio de JÜRGEN HABERMAS (1987, p. 45-92).

⁸⁶ Lapidando a definição de ENRICO TULLIO LIEBMAN (1980, p. 6), segundo quem a jurisdição é a atividade dos órgãos do Estado dirigida a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, conforme o Direito vigente, disciplina uma determinada situação jurídica. Calha observar que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA corretamente substitui, na definição, a *regra* (espécie) pela *norma* (gênero), mantendo os demais elementos, posto que, a seu juízo (2007, p. 169), a lição de LIEBMAN era a mais próxima da perfeição dentre as propostas doutrinárias voltadas a conceituar a função jurisdicional.

Ressalve-se que as duas atividades não se contêm necessariamente em compartimentos estanques: há casos em que elas se conjugam no mesmo processo. (2010, p. 3)

Com efeito, a identificação do escopo jurídico-técnico (ou jurídico em sentido estrito) do sistema processual jurisdicional com a atuação de uma “vontade concreta” do Direito traz ranço metafísico/objetivista incompatível com a assimilação, pela ciência jurídica, do giro ontológico-linguístico ocorrido na Filosofia no século XX, por transmitir a ideia de uma suposta *essência escondida* nos recônditos dos enunciados normativos e passível de ser *descoberta* pela atividade intelectual solitária do intérprete (STRECK, 2007, p. 95). A definição de BARBOSA MOREIRA, assim, ao fazer alusão à *formulação e atuação prática da norma jurídica concreta*, é mais consentânea com as atuais noções da interpretação/aplicação como atividade intersubjetiva e produtiva de sentido e da diferenciação entre texto e norma (CAMBI, 2002, p. 100-103), sem recair nos excessos da teoria unitária ou constitutiva do ordenamento jurídico, razão por que se mostra preferível.

Em acréscimo, e a partir do magistério de ELIO FAZZALARI (2006, p. 560-561), impende ressaltar que o escopo jurídico-técnico da função jurisdicional apresenta quatro características próprias, específicas e indispensáveis, que devem ser consideradas conjuntamente e que inclusive permitem bem distingui-la da função administrativa, quais sejam: 1) tem por pressuposto o *ilícito*, mais precisamente a perpetrada ou ameaçada violação de um dever imposto pelo direito substancial; 2) o caráter de terceiro imparcial (*supra* e *inter partes*) ostentado pelo órgão judicial e calcado em suas garantias; 3) a iniciativa de instauração do processo via de regra a cargo de sujeito diverso do juiz; 4) a aptidão do provimento de mérito para adquirir a autoridade da coisa julgada material.

Passando à sexta premissa elencada alhures, os escopos jurídico-sociais, jurídico-políticos e jurídico-técnico do sistema processual jurisdicional, justamente por exsurgirem como veros princípios jurídicos, subordinam indelevelmente a técnica processual. Adequado, neste ponto, trazer à colação o ensinamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

A visão puramente técnica do processo e tradicional descaso (mais do que repúdio) às suas projeções éticas pode-se dizer completamente superada, nos escritos dos doutrinadores que hoje se ocupam do tema. Transparece, todavia, no trato dos diversos assuntos do processo, postos a nível técnico, como nas investigações do escopo jurídico sem preocupação pelos sociais e políticos e, por omissão, de um modo geral no exame técnico-processual de institutos em particular. Mas isso constitui uma questão de postura

cultural e metodológica. Repudiado o positivismo jurídico e suas projeções sobre o modo de ver o processo, sua inserção no sistema e sua técnica particular, é natural que todo pensamento em assunto processual seja norteado pela visão dos objetivos. É conciliar o aspecto instrumental do processo, que é realidade ética porque permeado dos influxos dos valores substanciais eleitos pela nação (v. *supra*, nn. 2-3), com a necessidade de operacionalizar meios para a consecução do que se deseja. Toda técnica justifica-se, afinal, pela sua indispensável convergência aos ditames éticos da sociedade, infiltrados na essência do direito. (2005, p. 275-276)

Tal subordinação se dá, outrossim, inclusive para o fim de equacionar exigências conflitantes ditadas pelos escopos na montagem dos institutos processuais. Não raras vezes, a ênfase a apenas um ou a conjugação de alguns deles, sem considerar os demais, podem apontar para soluções opostas àquelas a que se chegaria se todos fossem sopesados e harmonizados. A técnica se predispõe, portanto, a assegurar a coexistência dos escopos e a lhes conferir dimensão de peso relativamente a cada tema do Direito Processual, de modo a estruturá-lo segundo as exigências garantistas do Estado Democrático de Direito e os imperativos instrumentalistas de eficiência e efetividade.⁸⁷

Por derradeiro, a instrumentalidade do sistema processual jurisdicional há que ser vista pelos aspectos *negativo* e *positivo*. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e ao repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode conduzir, guardando semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo, ao seu turno, caracteriza-se pela preocupação de extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos, isto é, dos seus escopos, infundindo-se com a problemática do *acesso à ordem jurídica justa* (DINAMARCO, 2005, p. 391).

Terminada a releitura proposta da instrumentalidade e dos escopos do sistema processual jurisdicional no Estado Democrático de Direito, inserida no contexto mais amplo do embate entre o procedimentalismo e o substancialismo, cabe seguir à próxima seção, na qual se abordarão o acesso à justiça e as bases constitucionais do direito fundamental de ação e das condições da ação no ordenamento jurídico brasileiro, caminhando assim ao enfrentamento do tema eleito como objeto desta dissertação.

⁸⁷ Para vários e pertinentes exemplos da influência dos escopos do processo na técnica processual, consulte-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 276-323). Sobre a temática, especificamente no que concerne às condições da ação, ver *infra*, 3.3 e 4.2.

3 ACESSO À JUSTIÇA: O DIREITO DE AÇÃO E AS CONDIÇÕES PARA O SEU LEGÍTIMO EXERCÍCIO, SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A problemática do acesso à justiça, como bem destaca KAZUO WATANABE (1988, p. 128), não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes, isto é, não se trata apenas de possibilitar o acesso ao Poder Judiciário, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. De acordo com o autor (1988, p. 135), o *direito de acesso à ordem jurídica justa* implica, como seus *dados elementares*, o direito à informação, ao perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito de acesso à Justiça (entendida como o conjunto de órgãos judiciais nacionais) adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características.

De forma similar, assevera EDUARDO CAMBI (2007, p. 24-25) que a designação *acesso à justiça* não se restringe à singela *admissão ao processo* ou à *possibilidade de ingresso em juízo*, devendo ser interpretada extensivamente como sinônima de *acesso à ordem jurídica justa*, que abrange: 1) o ingresso em juízo; 2) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; 3) a participação dialética na formação do convencimento do magistrado que julgará a causa (efetividade do contraditório); 4) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); 5) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Em suma, explanam CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2010, p. 39-40), a ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em relevo uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, configuram o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia

central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias.

Leciona LUIZ GUILHERME MARINONI (1996, p. 20-21) que a exigência de tornar a justiça amplamente acessível é importante faceta de tendência que marcou os sistemas jurídicos mais modernos na segunda metade do século XX, não somente no mundo socialista, como também no ocidental, o que é claramente evidenciado pelas Constituições mais progressistas surgidas em torno daquele período, caracterizadas por seu esforço de integrar as liberdades individuais clássicas, inclusive as de natureza processual, com as garantias e os direitos sociais, essencialmente destinados a tornar as primeiras concretamente fruíveis por todos e a assegurar uma real, e não meramente formal, igualdade perante a lei. A problemática do acesso à justiça, conquanto já fosse sentida desde o início do século passado, fez-se perceber sobremaneira no segundo pós-guerra, até porque o direito de acesso à justiça, com a consagração constitucional dos chamados “novos direitos”, passou a ser fundamental para a própria efetividade destes.

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS (1985, p. 125) corretamente frisa que os novos direitos de cunho social e econômico que à época se institucionalizaram, se desprovidos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, tornar-se-iam simples declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores, daí decorrendo a constatação de que a organização da jurisdição civil e os instrumentos e trâmites processuais não poderiam ser reduzidos à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidos pela doutrina tradicional, devendo restar investigadas as funções sociais por eles desempenhadas e, particularmente, o modo como as opções técnicas no seu bojo veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou até antagônicos (por exemplo, de classes ou categorias econômicas e profissionais).

Ao seu turno, enfatiza MARINONI (1996, p. 22) que a temática do acesso à justiça está, sem dúvida, intimamente ligada à noção de justiça social, podendo-se até dizer que é o “tema-ponte” a conectar esta com o Processo Civil. Tal perspectiva, continua o jurista, ainda suscita a desmitificação da neutralidade ideológica do juiz e do processualista, que, se um dia realmente se pensaram ideologicamente neutros, mentiram a si mesmos, visto que a afirmação de neutralidade já é opção ideológica do mais denso valor, a aceitar e reproduzir o *status quo*. Destarte, impende esclarecer que o tema do acesso à justiça, a permear

o Direito Processual Civil, é opção ideológica desmitificadora da neutralidade científica imposta pela dogmática.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 335) registra que a *universalidade da tutela jurisdicional* constitui acentuada tendência generosa da atualidade e está presente nas preocupações e nas propostas dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso em juízo, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), são graves óbices à consecução dos escopos do sistema processual jurisdicional e, sob a ótica das pessoas que se apresentam como potencial clientela do Poder Judiciário, constituem fator de decepções perante esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; e, para o Estado, ensejam o desgaste da legitimidade sua, dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico.

Dentre as dificuldades que se opõem à possibilidade efetiva de acesso à ordem jurídica justa, arrola MARINONI (1996, p. 25-37) o *custo excessivo e a duração em regra demasiadamente longa do processo*; o *problema cultural* consistente no *desconhecimento, por grande parte da população, de seus próprios direitos*; a *questão psicológica* que atinge imensa parcela dos indivíduos, mormente das classes sociais mais desfavorecidas, e se reflete na *inibição* ou no *receio em litigar*, em especial contra pessoas ou entes que desfrutam de poder político, de autoridade ou econômico; e as *diferenças entre os ônus e riscos* suportados pelos *litigantes eventuais* em face dos *litigantes habituais*.

DINAMARCO (2005, p. 340-341), outrossim, aponta como causa jurídica de estreitamento da via de acesso à justiça a disciplina da *legitimatío ad causam* ativa, no Processo Civil individualista que herdamos e praticamos. Segundo o mestre, em princípio, por expressa disposição legal, a cada um cabe defender em juízo somente os seus próprios interesses, reputando-se excepcionais e de direito estrito as hipóteses de substituição processual. Todavia, prossegue, mencionada disciplina consubstancia uma interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do Estado e do Direito hodiernos. Argumenta que no tempo presente importa mais promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social, do que dar a cada um o que é seu, individualmente.

Conclui que aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento *atômico* usualmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes ostentar, sucedendo-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da *molecularização* do Direito e do Processo, quer-se dizer, do tratamento das controvérsias a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos.

Com efeito, tal qual se verá no curso da exposição, a ascensão dos interesses transindividuais, oriunda notadamente do modelo de sociedade pós-industrial emergente na segunda metade do século passado, e a consagração do Estado Democrático de Direito, com seus indissociáveis fundamentos e corolários, nos Textos Constitucionais de muitos países do mundo ocidental, movimento que foi contemporâneo à sobredita ascensão, trouxeram verdadeiro e profundo *redimensionamento social e político* ao direito de ação, a obrigar sobretudo uma *releitura da legitimidade para agir* no âmbito desse renovado contexto.

3.1 NOTAS SOBRE O DIREITO DE AÇÃO, ONTEM E HOJE, E SEUS SIGNIFICADOS JURÍDICO E POLÍTICO

A ideia de ação não tem sido uniforme ao longo do curso histórico do Direito Processual. Com efeito, constata-se extrema diferença entre a percepção que se havia da *actio* do Direito Romano e o atual conceito de ação. Pode ser traçado, pois, um quadro evolutivo, de suas origens até hoje, passando sucintamente em revista as principais teorias construídas para explicar o instituto.⁸⁸

Desde o Direito Romano, e até por volta do começo do século passado, era a ação considerada simples *aspecto, acessório, momento, elemento*

⁸⁸ Como bem realçam JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER (1993, p. 85), RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE (2001, p. 47) e JOÃO BATISTA LOPES (2002, p. 19), existem muitas teorias com o objetivo de explicar a natureza jurídica da ação, merecendo destaque as que a doutrina processual, de modo geral, considera terem sido as mais influentes, quais sejam, a *teoria clássica, civilista* ou *immanentista*, a *teoria do direito autônomo e concreto*, a *teoria do direito autônomo e abstrato* e a chamada *teoria eclética* de LIEBMAN. Novamente em vista dos limites metodológicos impostos a esta dissertação, notadamente a preocupação de não desviar a linha de raciocínio de seu foco, evitando assim digressões que, conquanto interessantíssimas, pouco ou nada acrescentariam ao enfrentamento do tema eleito como seu objeto, optou-se por registrar no texto enunciação bastante resumida dos caracteres essenciais das mencionadas noções principais e remeter o leitor a autores que trazem elencos mais extensos e profundos das concepções sobre a ação. Nesse propósito, vale citar, dentre tantos, ADA PELLEGRINI GRINOVER (1973a, p. 45-68, 1973b), MOACYR AMARAL SANTOS (1973, p. 15-44), HELIO TORNAGHI (1977, p. 241-303), ROGÉRIO LAURIA TUCCI (1977), CELSO NEVES (1997, p. 85-116) e EDUARDO J. COUTURE (2008, p. 17-41).

integrante ou *qualidade do direito material*, ou mesmo a *reação deste contra a sua violação*. Tal doutrina ficou conhecida como *teoria clássica, civilista* ou *immanentista da ação* e apregoava, em linhas gerais, que não haveria ação sem direito e nem direito sem ação, nos moldes asseverados por SAVIGNY e como constava do art. 75 do Código Civil pátrio de 1916 (CÂMARA, 2008, p. 107-108; FREIRE, 2001, p. 47-48; GRINOVER, 1973b, p. 25-26; LIEBMAN, 1980, p. 131; LOPES, 2002, p. 20; TESHEINER, 1993, p. 85-88; THEODORO JR., 1997, p. 49).

Na segunda metade do século XIX, contudo, a conhecida polêmica entre os romanistas alemães BERNHARD WINDSCHEID e THEODOR MÜTHER lançou as bases para o desfazimento da confusão conceitual entre o direito de ação e o direito substancial, culminando por demonstrar serem eles realidades distintas, porquanto a ação se desdobra em dois direitos, ambos de natureza pública: um deles reconhecido ao suposto prejudicado, de pleitear a prestação jurisdicional, voltado contra o Estado; e o outro para o próprio ente público, de corrigir a lesão jurídica, dirigido contra a parte que a causou (CÂMARA, 2008, p. 108; FREIRE, 2001, p. 48; GRINOVER, 1973b, p. 26; LOPES, 2002, p. 20-21; MARINONI, 2008, p. 177; TESHEINER, 1993, p. 92-93). Surgiu assim a tese da *autonomia do direito de ação*, que passou a contar com enorme adesão dos juristas europeus da época e sobre a qual se firmaram dois posicionamentos: o que considerava a ação um *direito autônomo e concreto* e o que a compreendia como um *direito autônomo e abstrato* ao provimento jurisdicional.

Para os defensores da primeira teoria, criada pelo jurista germânico ADOLPH WACH a partir do estudo da ação (*rectius*: pretensão) declaratória negativa⁸⁹ e publicada inicialmente em 1885, no seu *Manual de direito processual civil alemão (Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts)*, o direito de ação, embora distinto do direito material lesado, somente existiria quando houvesse uma decisão favorável ao autor. Tratar-se-ia da *pretensão à tutela jurídica (Rechtsschutz-Anspruch) do Estado*, direcionada simultaneamente contra este e contra o réu, dotada de natureza pública e dependente da concorrência de requisitos oriundos do ordenamento processual (os *pressupostos processuais*) e do ordenamento substancial (as *condições da ação*, tal como eram então percebidas) (FREIRE, 2001, p. 49; GRINOVER, 1978b,

⁸⁹ O título original da clássica monografia de ADOLPH WACH vinda a lume em 1889, em que aprofundou o tema, *Die Feststellungsanspruch*, é mais corretamente traduzido para o vernáculo como *A pretensão declaratória*, visto que a palavra alemã *Anspruch* significa *pretensão*, e não *ação* (NEVES, 1997, p. 93).

p. 26; LOPES, 2002, p. 21; MARINONI, 2008, p. 166-167; NEVES, 1997, p. 93; TESHEINER, 1993, p. 93-94). GIUSEPPE CHIOVENDA (1998, v. 1, p. 37-42) prestou adesão a essa doutrina, com sua ideia da ação como *direito potestativo*, não obstante entendesse que se voltaria apenas contra o demandado e que tenderia a produzir efeitos na esfera jurídica dele pela só vontade de seu titular. Conforme o mestre italiano (1998, v. 1, p. 42), a ação se define como o “*poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*”.

A segunda vertente, ao seu turno, preconizava que a ação consistiria no *direito à resolução do conflito de interesses pelo Estado-juiz*, independentemente da efetiva existência do direito material postulado. Bastaria ao demandante, para o exercício da ação, estar de boa-fé, acreditando verdadeiramente ter razão quanto à pretensão deduzida. Em feliz coincidência, posto que não se tem registro de prévios contatos entre seus artífices, foi desenvolvida por HEINRICH DEGENKOLB, na Alemanha, e por ALEXANDER PLÓSZ, na Hungria, no fim da década de 1870, vindo a conquistar a preferência de autorizadas vozes (CÂMARA, 2008, p. 110; GRINOVER, 1978b, p. 27-28; MARINONI, 2008, p. 177-178; TESHEINER, 1993, p. 88-89).

Em 1949, na Itália, expôs ENRICO TULLIO LIEBMAN aquela que se convencionou chamar *teoria eclética da ação*, procurando em certa medida conciliar as opiniões precedentes. Distinguindo entre o *poder ou direito de agir em juízo*, de índole constitucional e consubstanciado na garantia genérica e incondicionada de irrestrito acesso ao Poder Judiciário, vera emanção do *status civitatis*, e a *ação propriamente dita*, de índole processual e apta a invocar e mover a atividade jurisdicional em busca do pronunciamento sobre uma pretensão ou da satisfação dela, conferiu *nova roupagem* à categoria das *condições da ação*. Em sua lição, seriam elas requisitos para que, no plano concreto, a ação realmente existisse, possibilitando um juízo de mérito, porém não influenciando na procedência ou improcedência do pedido, no processo de conhecimento, ou na satisfação do direito material, no processo executivo (DINAMARCO, 2002a, p. 379-392; LIEBMAN, 1980, p. 131-136; LOPES, 2002, p. 25-26; MARINONI, 2008, p. 170-173; MONIZ DE ARAGÃO, 2002, p. 42; TESHEINER, 1993, p. 102; WATANABE, 1999, p. 76-78).

Pode-se afirmar ser mais aceita em nosso país, na atualidade, a teoria do direito autônomo e abstrato, temperada pela concepção liebmaniana das condições da ação, que lhe apara os exageros e confere à ação um nexo de instrumentalidade com o direito substancial (BUENO, 2010, p. 373-384; GRINOVER,

1973b, p. 31; LOPES, 2002, p. 26-29; MONIZ DE ARAGÃO, 2002, p. 41-44; WATANABE, 1999, p. 89-91). Hodiernamente, pois, a ação é tida pela imensa maioria dos estudiosos brasileiros como um direito subjetivo público de exigir do Estado a prestação jurisdicional, pouco importando se de acolhimento ou rejeição da pretensão de quem o exerce, sendo assim abstrato; é ainda autônomo, porquanto desvinculado da existência do direito pleiteado; e instrumental, por se relacionar a uma situação concreta regulada pelo ordenamento jurídico, seja objetivando a formulação da norma jurídica de regência (atividade jurisdicional voltada à tutela cognitiva), seja intentando a atuação prática desta (atividade jurisdicional dirigida à tutela executiva em sentido amplo).

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2002a, p. 363-366) prefere conceber a ação como o *poder* de estimular a função judicante, asseverando que o direito subjetivo se conceitua como uma *posição de vantagem* do titular de um interesse sobre o titular de um interesse contraposto, estabelecida pelo Direito e referente a determinado bem, *pressupondo* assim um *conflito de interesses entre duas pessoas*. Tal conflito, entretanto, não ocorre entre o demandante e o Estado, sujeito passivo da ação, uma vez que este também tem interesse no desempenho da função jurisdicional e na pacificação da controvérsia a si submetida. Acrescenta que a justificação do entendimento da ação como direito público subjetivo só teria aplicação à ação civil, e jamais à penal, especialmente a de iniciativa pública incondicionada, exercida pelo próprio Estado em nome do interesse público, e não na defesa de interesses individuais, o que já se mostraria suficiente para destruir a unidade conceitual no plano da Teoria Geral do Processo. Outrossim, prossegue, na perspectiva técnico-jurídica, o conceito de ação como direito subjetivo não explicaria os casos em que o próprio Estado é titular dela, visto que colocaria uma situação em que se confunde o sujeito ativo do “direito” com o seu sujeito passivo. Aduz que todo direito e toda obrigação têm assento em uma pessoa (física ou jurídica) e, sabido que nenhum dos Poderes do Estado dispõe de personalidade jurídica, ficaria sem explicação esse suposto direito do Estado contra o próprio Estado.

Conquanto as críticas de DINAMARCO sejam provocantes, há fortes argumentos aptos a refutá-las.

O conflito de interesses não parece ser relevante para a conceituação de relação jurídica, que significa essencialmente a regulamentação, pelo Direito, de uma relação intersubjetiva (ou até *intrassubjetiva*, no sentido

especificado adiante). O ordenamento jurídico, atribuindo a alguém um direito subjetivo e a outrem a correlata obrigação, compõe desde logo eventual desacerto nascido do encontro do interesse subordinante com o subordinado, sendo porém despicienda para o conceito de obrigação a noção de conflito, posto que o próprio obrigado pode ter interesse no cumprimento de sua obrigação, e nem por isso estará isento dela (GRINOVER, 1973b, p. 30-31; JARDIM, 2001, p. 33-34).

No que tange à alegada inadequação da ideia de direito subjetivo para explanar a ação penal, notadamente a de iniciativa pública incondicionada, impende diferenciar o *direito de ação* do *dever de seu exercício*. Enquanto o primeiro exsurge da proibição da autotutela estatal na satisfação do seu *poder-dever de punir*, o último se faz consectário do interesse público em sancionar os infratores das normas penais materiais, sem que a jurisdição seja prestada de ofício, o que comprometeria a estrutura dialética do processo e, por conseguinte, a imparcialidade do juiz. Há, portanto, duas regras, que incidem em “momentos” diversos: uma cria o direito subjetivo público para o Estado-administração e a outra o obriga a exercitá-lo (JARDIM, 2005, p. 91). Não se olvide que o exercício de um direito subjetivo público pode, além de representar um dever, ser o título para o exercício de uma função, como ocorre, exemplificativamente, com o direito de sufrágio (MARQUES, 1965, p. 10). A circunstância de o Estado-administração ter o dever de exercer a ação penal e o particular ter somente a faculdade de o fazer não desnatura o conceito de ação como direito frente ao Estado-juiz, que está obrigado a se manifestar sobre a pretensão deduzida (TOURINHO FILHO, 1997, p. 296).

Por derradeiro, as atividades administrativa e jurisdicional correspondem às diversificadas funções do Estado no processo penal, por meio das quais os seus órgãos visam a objetivos diferentes, isto é, o exercício da ação penal e a aplicação do Direito ao caso concreto, respectivamente para o Estado-administração e para o Estado-juiz. O ente estatal, para realizar seus fins, tem necessidade de criar órgãos com atribuições distintas, entre os quais existem, também, relações jurídicas, denominadas *reflexivas* (SILVA, 1957, p. 24). Com efeito, já desde os albores do século XX não merece prosperar uma concepção de relação jurídica como a sustentada por DINAMARCO, de nítida influência *pandectista* (FAZZALARI, 2006, p. 85), que a restringe a sujeitos determinados e individualizados, fazendo tábula rasa, por um lado, da própria *complexidade interna da estrutura do Estado*, o qual não raras vezes age como se ostentasse *múltiplas*

personalidades jurídicas, a depender dos propósitos perseguidos, bem como, de outro, da revolução paradigmática representada pela ascensão dos interesses ou direitos supraindividuais (difusos e coletivos). Ora, a vida é extensamente mais rica do que os conceitos jurídicos, e estes, caso não se adaptem a ela, devem ser repensados ou até substituídos.

Tecidas as observações acima, convém trazer à colação o magistério de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, para quem a ação é “o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício)” (2010, p. 271). Trata-se do chamado *conceito sintético de ação*. O *conceito analítico*, por sua vez, é colocado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2002a, p. 367) como “a *soma das posições jurídicas ativas do autor no processo*”, abarcando os poderes de romper a inércia da função jurisdicional, de efetiva participação no procedimento, mediante as mais variadas atuações cabíveis, tais as de argumentar, provar, recorrer e instaurar incidentes, e de exigir a tutela efetiva de suas situações de vantagem (processuais e materiais).

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (2011, p. 63-64), baseados em leitura do art. 24, primeiro parágrafo, da Constituição da República Italiana, mas em tudo aplicável à nossa realidade, veem na ação três elementos constitutivos: 1) o poder de propor ao juiz uma demanda, com a qual o autor pede a tutela de um seu direito subjetivo ou interesse legítimo; 2) o poder, derivado do primeiro e exercitável nas formas permitidas durante o trâmite procedimental, de fazer valer as próprias razões, isto é, de cumprir no processo todas aquelas atividades necessárias ou úteis à obtenção da tutela pleiteada; e 3) o direito, subordinado ao sucesso das atividades mencionadas no número anterior, de conseguir do juiz um provimento tecnicamente idôneo a assegurar tutela adequada e efetiva à situação substancial levada a julgamento.

O direito de ação, por conseguinte, em uma acepção sintética e conglobante de seus aspectos elementares antes citados, pode ser conceituado como o *direito de obter a prestação jurisdicional integral*, integralidade esta cujo conteúdo é variável e se submete a *condicionamentos processuais e materiais*.⁹⁰

No desiderato de situar exatamente “o lugar da fala” e “o que é falado”, é de bom alvitre, nesta oportunidade, abrir um parêntese para esclarecer os

⁹⁰ Para a explicitação do que se deve entender por *prestação jurisdicional integral* e dos seus condicionamentos processuais e materiais, ver *infra*, 3.2.

significados que se entendem corretos e se atribuem a certas expressões técnico-processuais adrede ou doravante utilizadas no texto, fixando os necessários consensos terminológicos em benefício da melhor transmissão das ideias.

Concordando com visão bastante sedimentada na doutrina brasileira, tem-se que *ação* e *direito de ação* são sinônimos⁹¹, quer-se dizer, referem-se ao mesmo fenômeno: o direito público subjetivo de acesso ao Poder Judiciário, desdobrado na ampla gama de poderes e faculdades desfrutados pelo autor ao longo e até ao cabo (ou mesmo depois) do processo. Portanto, *exercer a ação* ou *exercer o direito de ação* são fórmulas linguísticas equivalentes. Não se desconhece, todavia, que há quem diferencie um *direito de demandar*, à *jurisdição* ou à *administração da justiça*, de cunho constitucional, da *ação propriamente dita* ou *em sentido processual*, que seria o *exercício* daquele. Neste caso, toma-se o vocábulo *ação* em sua *literalidade*, ou seja, como um *agir concreto*, uma *atividade*.⁹²

Outrossim, concebida a *ação* como direito subjetivo público, autônomo, abstrato e instrumental, voltado contra o Estado e não contra o réu, parece ser tecnicamente equivocada a expressão *elementos da ação* para designar o conjunto formado por *partes*, *causa de pedir* e *pedido*.⁹³ Abstratamente considerada, a *ação* tem por elementos subjetivos (sujeitos) não as partes, mas o autor, de um lado, e o Estado, de outro, e por elemento objetivo (objeto) o provimento jurisdicional, e não um bem da vida (NEVES, 1997, p. 117). *Partes*, *causa de pedir* e *pedido* não dizem respeito diretamente ao direito de *ação*, mas à *demanda*, que é o *ato jurídico* introdutório do seu exercício (BUENO, 2010, p. 410, 439; COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2011, p. 276; DINAMARCO, 2002b, p. 168-171).⁹⁴ A título comparativo, as diferenças entre *direito de ação* (ou apenas *ação*) e *demanda* são paralelas às diferenças entre *direito de sufrágio* (ou apenas *sufrágio*) e

⁹¹ Nesse sentido, dentre outros, confirmam-se ARRUDA ALVIM (1990, p. 229), CELSO NEVES (1997, p. 116-117), LUIZ GUILHERME MARINONI (2008, p. 216) e CÁSSIO SCARPINELLA BUENO (2010, p. 376), que, em passagens de suas obras, ao consignarem o termo *ação*, reputam-no um *direito*.

⁹² ROGÉRIO LAURIA TUCCI (1977, p. 24, 2002, p. 76) e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2005, p. 224-225), por exemplo, fazem tal diferenciação.

⁹³ Conjunto de fundamental importância, no processo civil, para a resolução de questões atinentes à conexão e continência, à litispendência e à coisa julgada (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 232-233).

⁹⁴ HELIO TORNAGHI (1953, p. 120) acentua que, não obstante guarde “sabor civilístico”, o termo *demanda* pode ser empregado sem qualquer problema no processo penal, como sinônimo de *acusação*.

voto: os primeiros termos concernem a direitos, ao passo que os últimos se referem aos instrumentos mediante os quais aqueles são concretamente exercidos.⁹⁵

Sob o prisma da Teoria Geral do Direito, tem a demanda a natureza jurídica específica de *declaração unilateral de vontade receptícia*, porquanto consiste em uma exigência do demandante dirigida ao Estado-juiz e ao demandado que, ao chegar ao conhecimento do primeiro, obriga-o a um pronunciamento, ao menos quanto à admissibilidade da ação, e, ao chegar ao conhecimento do último, por meio da citação ou de outro expediente reconhecido como idôneo pela lei processual, chama-o coativamente a integrar o processo e o convida a se defender. É a demanda que, por ser concreta, pode se ver individualizada e identificada, e não a ação, a qual, insiste-se, é direito abstrato e conferido a todos (*uti civis*), sejam entes personalizados ou não. O próprio CHIOVENDA (1998, v. 1, p. 427), ao tratar da chamada *identificação das ações*, admite que o problema “encara as ações em seu exercício; e, pois que a ação se exerce com a demanda, identificação das ações significa *identificação das demandas*.”

A expressão *elementos da ação*, por conseguinte, merece ser evitada, seja por trazer ranço concretista incompatível com a encampação da teoria da ação como direito abstrato, seja porque somente se refere ao fenômeno que pretende explicar por *metonímia*. Prefere-se aqui substituí-la por *requisitos estruturais da demanda*, uma vez que, a teor do ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 349), *elementos de um ato* são as suas realidades intrínsecas, isto é, seus componentes, a saber: a *forma* e o *conteúdo*.

A demanda, via de regra, deve adotar a *forma escrita*, podendo em algumas hipóteses, especificadas na legislação (por exemplo, no art. 840 da Consolidação das Leis do Trabalho e nos artigos 14 e 77 da Lei n. 9.099/1995), ser *formulada oralmente e reduzida a termo*. É no *conteúdo* da demanda, por sua vez, que se articulam narrativamente as *partes*, a *causa de pedir* e o *pedido*. Estes três dados se somam e se relacionam interna e necessariamente, formando uma *estrutura*⁹⁶, que faz a demanda emergir como tal, ou seja, ganhar seu *sentido*

⁹⁵ Como registra JOSÉ AFONSO DA SILVA (2002, p. 348, 354), o *sufrágio* ou *direito de sufrágio* é um direito público subjetivo democrático, de natureza política, do qual o voto é tão-só uma manifestação no plano prático, um dos atos de seu exercício.

⁹⁶ Sobre os conceitos de *estrutura*, consulte-se NICOLA ABBAGNANO (2007, p. 376-377). O significado empregado no texto foi essencialmente colhido de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS (2003, p. 91).

processual exclusivo. A falta de um deles a torna defeituosa, inepta, desprovida de capacidade para gerar seus efeitos ordinários, mas não afeta o direito de ação.

Finalmente, cabe salientar que, ainda em decorrência de seu caráter abstrato, *ação* é palavra em princípio avessa a classes ou adjetivações, variações ou gêneros (BUENO, 2010, p. 386-387; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 287; LEONEL, 2002, p. 119-121). A ação é hoje tida por *cobertura integral do mundo jurídico-substancial* e serve a todas as situações, independentemente da qualificação que naquela ordem receba o direito afirmado ou negado, mantendo-se sempre idêntica a si mesma, qualquer que seja a natureza do fundamento jurídico-material com que é exercida, alterando-se apenas o tipo de provimento pedido ao órgão judicial (DINAMARCO, 2002b, p. 340-341; LIEBMAN, 1980, p. 132). Assim, parece que as tradicionais *classificações das ações* usualmente elencadas pelos doutrinadores são dogmática e metodologicamente admissíveis desde que tomadas a partir do *nexo de instrumentalidade da ação* (DINAMARCO, 2002a, p. 389-390). Por exemplo, classificações que distinguem entre *ações civil, penal e trabalhista* ou *ações reais e pessoais* enfatizam a *natureza da pretensão veiculada na demanda e do direito material invocado em seu suporte*, ao passo que classificações que diferenciam entre *ações de conhecimento* (e suas espécies), *executivas* e *cautelares* adotam como *discrímen a modalidade de tutela jurisdicional⁹⁷ pleiteada*. Em todas elas, ademais, operam-se *reduções conceituais* com o intento de facilitar a referência ao objeto tratado e otimizar o fluxo comunicativo.⁹⁸

Encerrado o parêntese e retomando a linha expositiva, é corrente apontar a *sede constitucional* do direito de ação no art. 5º., inciso XXXV, da Carta Magna, o qual preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se, pois, de direito dotado de *fundamentalidade formal e material* (ALEXY, 2008, p. 520-523; SARLET, 2009, p. 74-78) e que ostenta, além de um *significado jurídico*, um importantíssimo *significado político*.

Sob o ponto de vista jurídico, a ação é consectário da proibição da autotutela e da assunção da administração da justiça pelo Estado, bem como da opção jurídico-política deste pela inércia da função jurisdicional (*ne procedat iudex*

⁹⁷ Sobre o conceito de *tutela jurisdicional* e sua relação com o direito de ação, ver *infra*, 3.2.

⁹⁸ A título exemplificativo, afigura-se indiscutivelmente mais fácil no dia-a-dia fazer uso da expressão *ação penal condenatória* do que registrar analiticamente a ideia que traduz, isto é, o exercício do direito de ação, iniciado com a propositura de demanda na qual se veicula pretensão fundada em norma penal material e dirigida à obtenção de tutela jurisdicional cognitiva condenatória.

ex officio), mostrando-se o meio técnico apto a provocar e conduzir o seu exercício (DINAMARCO, 2002a, p. 380; GRINOVER, 1973b, p. 24; LIEBMAN, 1980, p. 135). Impedida a justiça de mão própria e excluída a atuação espontânea dos órgãos incumbidos de prestar a jurisdição, mas existente o dever destes de o fazer, o ente público há que oferecer aos jurisdicionados, em contrapartida, um mecanismo para ativá-la e para influir no seu resultado (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 271; MARINONI, 2008, p. 206; MONIZ DE ARAGÃO, 1978, p. 70-71). Reconhece-se a eles, por conseguinte, o direito de ação, composto de poderes e faculdades de iniciativa e de participação processual.

Erigida ao patamar constitucional, e ganhando assim *status* de direito fundamental, a ação se insere na categoria dogmática dos *direitos a prestações* ou *a ações estatais positivas*, mais especificamente no grupo dos *direitos a organização e procedimentos* (ALEXY, 2008, p. 488-490; CAMBI, 2009, p. 218-219; SARLET, 2009, p. 180, 196), como *direito a procedimento em sentido estrito*, embora também possa ser visualizada no âmbito dos *direitos a proteção* (ALEXY, 2008, p. 490). No quadro empírico-positivo dos direitos fundamentais, a ação cobre a multifuncionalidade deles, isto é, pode ser utilizada conforme as suas necessidades funcionais. Coloca-se sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais, pois eles dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. É a ação um direito fundamental processual, e não material, porém pode ser dita o mais fundamental dos direitos, porquanto imprescindível à efetiva concreção de todos eles (MARINONI, 2008, p. 205).

Por outro ângulo, é *direito cívico* (COUTURE, 2008, p. 35; LIEBMAN, 1980, p. 132; MARINONI, 1996, p. 109; NERY JR., 2002, p. 103), *de primeira geração ou dimensão*, cujo liame com o conteúdo essencial do Estado de Direito é evidente (DINAMARCO, 2002b, p. 331-332; MONIZ DE ARAGÃO, 1978, p. 69). Não obstante, viu-se enriquecido com novas tonalidades face ao advento do Estado Democrático de Direito. Sobressai, a partir de tais observações, o seu *significado político*.

Com a Revolução Francesa de 1789, uma radical mudança nos contextos social, político e econômico veio a lume. Os ideais burgueses de *igualdade, liberdade e fraternidade* transformaram a visão de mundo então arraigada, o que refletiu no campo jurídico mormente pela consagração do *princípio da tripartição das funções estatais*, fortalecendo ainda mais a garantia do *due*

process of law. Foi com a divisão do exercício do poder entre órgãos distintos que o Estado passou a ser obrigado a obedecer as leis por ele mesmo ditadas. Instituído o sistema de freios e contrapesos, nasce um Estado em que ninguém mais detém, na organização política, poder incontrastável. Tal realidade é o Estado de Direito, cuja principal conquista se consubstancia no reconhecimento de direitos do particular em relação ao próprio Estado (direitos públicos subjetivos). O *súdito* se torna *cidadão* e o processo deixa de ser mero *instrumento de controle social* para se converter, também, em *garantia do indivíduo frente ao Estado*, em direito público subjetivo à proteção estatal do direito subjetivo material (GIDI, 1990, p. 199-200). O direito de ação, assim, identifica-se com a ideia do processo como *garantia ativa*, pois, diante de alguma ilicitude, mesmo oriunda dos Poderes Públicos, pode o prejudicado dele se utilizar para buscar preveni-la ou remediá-la (GRECO FILHO, 1998, p. 46). Portanto, em primeiro lugar, o *jus actionis*, politicamente, é visto como *instrumento de controle do poder*.⁹⁹

Ademais, é por intermédio da ação e da constante extensão de sua admissibilidade que se obtêm os bons resultados da abertura do acesso ao processo e à ordem jurídica justa, indispensáveis a um regime que aspire ser substancialmente democrático (DINAMARCO, 2002b, p. 332). Todo o movimento legislativo destinado a propiciar a intervenção em questões de grande espectro reflete a insuficiência dos meios tradicionais de exercício democrático e a necessidade de participação através do processo (LEONEL, 2002, p. 32). Com efeito, a ampliação do conceito de cidadania para além de singela titularidade de direitos políticos *stricto sensu* enseja uma nova e imediata relação entre a *legitimidade para agir* e a *democracia participativa*. O alargamento da legitimação pode ser compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, que deve abrir “caminhos” para a participação popular na gestão do bem comum (MARINONI, 1996, p. 110). O regime de democracia participativa permite (e até incentiva) que a *própria comunidade* controle o Estado, seja pelos indivíduos mesmos, seja por segmentos organizados, agindo neste último caso em legitimação concorrente-

⁹⁹ Segundo advertem CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2002b, p. 332) e EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO (1978, p. 69-70), o significado político se desloca, na seara do Processo Penal, da ação para a defesa, o contraditório e o inteiro sistema de garantias do *due process of law*, que se antepõem ao poder-dever de punir, ou seja, transfere-se do processo como *garantia ativa* para o processo como *garantia passiva* (GRECO FILHO, 1998, p. 46). Por isso, JOSÉ FREDERICO MARQUES (1965, p. 12) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI (2002, p. 166), com base em lição de MANZINI, referem-se ao Direito Penal como *Direito de coação indireta*.

disjuntiva com órgãos e entidades do setor público (MANCUSO, 2011, p. 88). Nessa perspectiva, as ações coletivas compõem instrumental capaz de trazer poderosa influência modernizadora ao sistema processual, uma vez que, superando a concepção da ação processual como expressão de um conflito individual, inauguram campo extraordinariamente prolífico para o exercício político da solidariedade, autorizando uma visão comunitária do Direito (SILVA, 2006, p. 319). Como bem destaca ADA PELLEGRINI GRINOVER, o reconhecimento e a necessidade de tutela jurisdicional dos interesses supraindividuais

[...] puseram de relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação. (2000, p. 10)

Destarte, o direito de ação também se firma politicamente como *instrumento de participação direta no exercício do poder*.

Frisadas a natureza jurídica e as características do direito fundamental de ação e expostos os seus significados jurídico e político, cabe passar ao exame do alcance normativo do art. 5º., inciso XXXV, da Lei Maior.

3.2 O ALCANCE NORMATIVO DO ART. 5º., INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A DISCIPLINA E AS GARANTIAS DO DIREITO DE AÇÃO

O art. 5º., inciso XXXV, da Constituição da República traz preceito para o qual os estudiosos costumam apresentar variados nomes, todos eles, via de regra, encarados como sinônimos: *princípio* ou *garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional* ou *da inafastabilidade do Poder Judiciário* (CÂMARA, 2008, p. 46; DINAMARCO, 2002a, p. 356; MARINONI, 1996, p. 110-111; NERY JR., 2002, p. 98; TESHEINER, 1993, p. 31), *princípio* ou *garantia do acesso à justiça* (BUENO, 2010, p. 133; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 88), *princípio da proteção judiciária* (GRINOVER, 1973a, p. 133), *garantia da proteção judicial efetiva* (MENDES, 2010b, p. 591), dentre outros. O enunciado, outrossim, encontra seu

primeiro antecedente constitucional expresso no art. 141, § 4º, da Constituição Brasileira de 1946¹⁰⁰, cuja redação foi reproduzida no art. 150, § 4º, da Constituição de 1967 (posteriormente renumerado para art. 153, § 4º, pela Emenda Constitucional n. 1/1969), não obstante haja quem o vislumbre, de forma embrionária, já no art. 179, inciso XII, da Constituição Imperial de 1824¹⁰¹ (GRINOVER, 1978a, p. 133-137; MENDES, 2010b, p. 587; MONIZ DE ARAGÃO, 1978, p. 72).

Impende notar que o vigente dispositivo se mostra semanticamente mais amplo que seus predecessores: a uma, porque estendida a sua dicção à *via preventiva*, para englobar a *ameaça a direito*; a duas, porque suprimida a referência a *direitos individuais*, presente naqueles (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 87). Cumpre, então, fixar-lhe o alcance normativo e verificar em que moldes atualmente disciplina e garante o direito fundamental de ação no ordenamento jurídico pátrio.

No ensejo dessas indagações, é de total pertinência a observação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem

Os resultados dos modernos estudos de direito processual impõem que se confira à ação uma configuração marcadamente teleológica, não mais restrita aos tradicionais aspectos técnico-jurídicos do instituto e agora voltada à definição dos meios postos à disposição das pessoas para o efetivo acesso à *ordem jurídica justa*. A garantia constitucional da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV), modernamente explorada pelo prisma da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, espelha a tendência expansiva em direção à *universalidade da jurisdição*, no duplo significado de ampla abertura da Justiça, eliminando resíduos não-jurisdicionáveis, e de busca de soluções capazes de conduzir à efetividade da tutela jurisdicional. Vista assim, a ação é hoje encarada como instituto intimamente ligado aos postulados do Estado-social-de-direito e à ampla garantia do devido processo legal, na extraordinária dimensão com que esta passou a ser considerada. (2002a, p. 356)

Nessa mirada teleológica, pode-se identificar no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior o *centro de gravidade* ou *ponto fulcral* de um verdadeiro *regime jurídico do direito de ação*, estruturado por normas que instituem *posições jurídicas subjetivas* para os jurisdicionados e para o Estado.

¹⁰⁰ O dispositivo tinha o seguinte teor: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” (MENDES, 2010b, p. 591) Para notícia histórica das restrições ao controle jurisdicional previstas na Constituição de 1967, após a Emenda Constitucional n. 1/1969, e nos Atos Institucionais editados pelo Governo Militar, consulte-se ADA PELLEGRINI GRINOVER (1973a, p. 137-143).

¹⁰¹ Cujas dicção era a seguinte (*sic*): “Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.”

Como anota ELIO FAZZALARI (2006, p. 81-82), a norma, além de *padrão de valoração de uma conduta*¹⁰², pode e deve ser contemplada sob outros ângulos. Assim, mediante operação lógica, é possível e útil destacar o sujeito a quem a norma se dirige, seguindo o modelo de comportamento pela mesma traçado, e fazer emergir a posição do sujeito em relação à norma, imputando-se a ele a valoração normativa. Tal *posição jurídica subjetiva* é indicada com os termos *faculdade* e *poder*, se a norma valora a conduta como *lícita (permitida)*, e com o termo *dever*, se a valora como *obrigatória*. Faculdade e poder se distinguem por consistir a primeira em autorização para a prática de um ato de cunho eminentemente material (por exemplo, usar um bem), ao passo que, no último, à autorização para a prática do ato se soma a atribuição de efeitos jurídicos ao aludido ato, decorrentes da vontade do sujeito (por exemplo, alienar um bem). Faculdade, poder e dever são chamados *posições jurídicas primárias*, em razão de se caracterizarem como básicas ou elementares no relacionamento lógico sujeito-norma, e se combinam para formar outras mais complexas.

Ainda de acordo com o mestre italiano (2006, p. 81, 83-86), por intermédio de outra passagem lógica, pode-se ligar o objeto do comportamento regulado pela norma ao sujeito a quem esta assegura *situação de proeminência* relativamente ao dito objeto, revelando uma *posição jurídica de segundo grau*: o *direito subjetivo*. Ao seu turno, o dever, quando correlato a um direito subjetivo, ou seja, quando posto em função da concretização daquela situação de proeminência, é tecnicamente denominado *obrigação*. A partir do binômio direito subjetivo-obrigação se compõe o esquema da *relação jurídica*. Por derradeiro, um direito subjetivo pode resultar do agregado de várias normas e, por conseguinte, de várias posições jurídicas. É o que ocorre, entre outros, com o direito de propriedade, composto de faculdades e poderes de uso, fruição e disposição de um dado bem, outorgados ao proprietário deste, e de deveres gerais de abstenção (não-turbação), impostos *erga omnes*. É também o caso do direito de ação, como se passa a analisar.

Transportando os conceitos fundamentais acima elencados com vistas à interpretação habitual que a doutrina confere ao texto do art. 5º., inciso XXXV, da Carta Magna, constata-se que dele é viável extrair um conjunto de

¹⁰²Ver *supra*, 1.2.

normas, especificamente *regras de comportamento*, que estabelecem situação de proeminência dos jurisdicionados em geral e impõem deveres ao Estado em função dela, tendo como objeto referencial a *prestação jurisdicional*. Destarte, reconhece-se que esse agregado de normas e de posições jurídicas subjetivas delas derivadas configura em favor dos jurisdicionados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, ou mesmo entes dotados tão-somente de personalidade judiciária (MENDES, 2010b, p. 606), um direito subjetivo tocante à exigência da prestação jurisdicional, de natureza pública, porquanto voltado contra o Estado, a quem se imputam os deveres correlatos ou, mais apropriadamente, as obrigações que se conectam àquele e cujo cumprimento fica a cargo de seus órgãos judiciais. Tal direito público subjetivo, formado pelo complexo de normas e de posições jurídicas subjetivas decorrentes, é exatamente o direito de ação, guindado pela Constituição ao patamar de direito fundamental.

Confirmada a previsão da ação já no estrato jusfundamental, cabe especificar, ainda em conformidade com a ordem constitucional em vigor, o seu conteúdo enquanto direito subjetivo, inclusive de modo a melhor delimitar as obrigações estatais em função dela e os contornos do próprio objeto que assegura aos seus titulares, repita-se, a prestação jurisdicional.

Nesse passo, salienta-se que a orientação teórica mais avançada e afinada com a dogmática dos direitos fundamentais tem conferido ao direito de ação feição bastante ampla e generosa (SARLET, 2009, p. 197), abrangendo posições de vantagem concernentes não só ao *fim a que se predispõe*, como ainda aos *meios necessários a atingi-lo* e, quando julgada procedente a pretensão que através de seu exercício se deduz, aos *resultados prático-jurídicos que desse fim se esperam*. Emblemática é a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI:

A ação é exercida e, portanto, *desenvolve-se* com o objetivo de permitir o julgamento do mérito (do pedido), e, no caso de reconhecimento do direito material, ainda se mantém presente para exigir que os meios executivos da sentença de procedência propiciem a efetividade da tutela do direito material.

Considerando-se que a ação é exercida e, por isso, passa por várias fases até chegar ao julgamento do mérito e da concessão da tutela jurisdicional, resta natural a pergunta sobre o modo como ela se desenvolve, isto é, sobre os corolários do direito de apresentar o pedido de apreciação da afirmação do direito.

Tais corolários têm a ver com a necessidade de convencer o juiz acerca da veracidade das afirmações de fato e da solidez dos fundamentos jurídicos para que o pedido seja acolhido. Ou, mais precisamente, com a necessidade de se dar ao autor oportunidade de influir sobre o

convencimento do juiz. Isso porque, como a ação é um direito, o autor obviamente não é obrigado a convencer, mas apenas tem de dispor dessa oportunidade.

Nesse sentido importa, em uma expressão, o direito de participar adequadamente do processo, que deflui do direito ao contraditório, outorgado tanto ao autor quanto ao réu – o direito de o autor participar alegando, requerendo prova, participando de sua produção, falando sobre o seu resultado, e até mesmo recorrendo ou respondendo a eventual recurso interposto pelo réu. (2008, p. 216)

Porém, prossegue MARINONI, a ação não se exaure com a sentença de mérito ou com o acórdão que lhe confirma o teor, e nem mesmo com o trânsito em julgado de uma ou de outro, exigindo

[...] que a sentença de procedência se revista da forma procedimental adequada à proteção do direito e, ainda, que disponha dos meios executivos aptos à sua implementação. E como a determinação dos meios executivos, em certas sentenças proferidas no processo de conhecimento, pode ocorrer após o trânsito em julgado, é certo dizer que a ação persiste depois do trânsito em julgado da sentença de procedência.

Assim, a sentença (compreendida como medida processual) e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivo adequados. (2008, p. 216-217)

Assevera o jurista paranaense (2008, p. 218-221) que, para além das imposições antes referidas, a ação também exige a técnica antecipatória, a tutela cautelar e o procedimento adequado à tutela jurisdicional pretendida no plano do direito material. Com efeito, o direito de pleitear a prestação jurisdicional teria pouca ou nenhuma serventia se a proteção estatal que lhe é ínsita pudesse ser entregue ao autor a qualquer momento, mesmo após o seu interesse ou direito substancial já haver restado prejudicado, decorrendo como consequência lógica do direito de ação os direitos à antecipação e à segurança da tutela do direito material discutido e eventualmente periclitado no curso do processo. Em acréscimo, o procedimento não é uma mera sequência de atos, mas especialmente uma *conformação do que pode ou não ser feito pelas partes e pelo juiz*, no que concerne à ação, é a tipificação normativa do procedimento que delineará quais os poderes e as faculdades exercitáveis pelo autor ao longo do seu trâmite.

Conclui MARINONI que o preceito insculpido no art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal significa, a um só tempo, que:

[...] i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes os

requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; v) o autor tem o direito de *influir* sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedida; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção. (2008, p. 221)

A respeito da tutela jurisdicional efetiva, e de maneira semelhante, acentuam COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (2011, p. 33) que a existência dela representa variável dependente da disponibilidade de remédios processuais construídos realisticamente em função das necessidades que emergem dos diversos tipos de situações substanciais, bem como da eficiência destes remédios em termos de acessibilidade e funcionalidade, o que, reconhecem, afigura-se como hipótese ideal bastante difícil de se realizar em concreto, mas que constitui um sistema de referência pelo qual se devem orientar os ordenamentos processuais. Segundo os citados mestres italianos (2011, p. 67), a tutela em sentido constitucional, a que tende a ação, vem a implicar: a) a possibilidade séria e efetiva de obter do juiz um provimento que seja compatível e homogêneo com a natureza das situações subjetivas tuteláveis, satisfazendo plenamente a necessidade da tutela para elas invocada; b) a elasticidade e a diferenciação das formas de tutela, em relação às características variáveis dos direitos ou interesses pretendidos com o exercício da ação; c) a relevância garantista das formas de tutela admissíveis, posto que homogêneas com as situações tuteláveis e adequadas ao ponto de lhes conceder o *máximo possível* de proteção concreta.

Assim, conforme frisa EDUARDO CAMBI (2009, p. 218-219), é importante ficar clara, na formulação de técnicas idôneas, a inserção da ação no contexto dos *direitos a organização e procedimentos*, vistos como direitos tanto ao estabelecimento de determinados institutos processuais ou de certos ritos quanto a uma dada aplicação concreta das normas processuais, vinculando simultaneamente o legislador e os órgãos judiciais. Para ele, o art. 5º., inciso XXXV, da Lei Maior não assegura apenas o direito de acesso à justiça, que de nada adiantaria se o processo judicial deixasse de garantir *meios e resultados*, devendo ser interpretado como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva.

Fazendo coro a esses ensinamentos, porém de modo ligeiramente diverso, entende-se aqui que do enunciado em apreço, conjugado com os incisos LIV (garantia do devido processo legal), LV (garantias do contraditório e da ampla defesa) e LXXVIII (garantias da duração razoável e da celeridade do processo), todos do mesmo art. 5º., extrai-se, por via interpretativa, uma *norma principiológica*, dirigida ao legislador e ao Poder Judiciário, que institui o *direito público subjetivo fundamental à tutela jurisdicional qualificada pelos predicados de adequação, tempestividade e efetividade*. Trata-se de *princípio jurídico*, eis que sobrelevam o seu caráter imediatamente finalístico e primariamente prospectivo e a pretensão de complementaridade e de parcialidade, demandando, para sua aplicação, a avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2009, p. 78-79). No caso, o *estado de coisas a ser promovido* é a aspiração axiológica do *acesso à ordem jurídica justa*, o que evidencia o íntimo liame da aludida *tutela jurisdicional qualificada* com a garantia do devido processo legal, contemporaneamente traduzida como *direito ao processo justo* (CAMBI, 2001, p. 111; NERY JR., 2002, p. 32). Ademais, tal princípio se impõe ao legislador, exigindo dele a construção e o desenvolvimento de formas procedimentais e de técnicas processuais aderentes às necessidades do direito material (adequadas, céleres e efetivas), e aos órgãos jurisdicionais, exigindo que, nas situações concretas sob sua apreciação, valham-se daquelas que se mostrarem melhores e mais indicadas para conferir cabal proteção ao interesse ou direito substancial em tese ameaçado ou lesionado, inclusive fazendo as pertinentes adaptações, bem como que, na ausência de lei expressa, supram a omissão impeditiva dessa proteção (CAMBI, 2009, p. 222; MARINONI, 2008, p. 206-207).

Do exposto, verifica-se que, no atual panorama constitucional, a expressão *tutela jurisdicional* não pode mais ser conceituada restritivamente como *proteção dada somente a quem tem razão no plano do direito material*, tal qual sustentam ENRICO TULLIO LIEBMAN (1980, p. 129), CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (1996a, p. 29) e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (1997, p. 24), devendo ser compreendida em sentido extensivo, que abarque todas as modalidades e espécies de tutela passíveis de serem concedidas pelo Estado-juiz, sejam elas preventivas ou repressivas, satisfativas ou cautelares, provisórias ou definitivas. LUIZ GUILHERME MARINONI (1996, p. 123) adverte que quem parte da premissa de que só possui

direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o ordenamento substancial não consegue dar a abrangência necessária à inafastabilidade do controle jurisdicional, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano material, a adequada tutela jurisdicional. O direito de ação, completa, tem como corolário o direito ao procedimento adequado e à tutela do *direito afirmado*, pouco importando se aquele que propõe a demanda ostenta, verdadeiramente, o direito material.

Nessa linha de raciocínio, parece que a *tutela jurisdicional*, em acepção compatível com a promessa constitucional de *proteção judicial efetiva* (MENDES, 2010b, p. 591), há que ser concebida como a *proteção real e concreta* outorgada por meio da atividade jurisdicional a situações jurídicas subjetivas consideradas relevantes pelo ordenamento jurídico, seja por estarem sujeitas a palpável risco, seja por corresponderem, ainda que *prima facie*, ao conteúdo de comandos normativos, e independentemente de guardarem natureza substancial ou processual. Ela não se limita ao *plano lógico-jurídico*, antes e com maior ênfase *atuando no mundo empírico*, no propósito de ensejar resultados práticos idênticos ou aproximados ao máximo dos que seriam obtidos com a voluntária observância da norma. Outrossim, não faz distinção entre meras pretensões, interesses jurídicos ou direitos definitivamente reconhecidos, de feição material ou instrumental, pondo-se a resguardá-los sempre que dotados de relevância jurídica e carentes de proteção. Tem-se destarte uma conceituação ampla do fenômeno, capaz de colocar sob sua égide toda a tipologia apresentada nas classificações doutrinárias (tutelas preventiva e repressiva; tutelas satisfativa – cognitiva e executiva – e cautelar; tutelas interinal ou provisional e definitiva etc.).

Embora alguns juristas preconizem o estudo da tutela jurisdicional como instituto processual autônomo (BUENO, 2010, p. 309; DINAMARCO, 1996a, p. 19-20), é preferível enxergar o direito público subjetivo fundamental a ela (qualificada pela adequação, pela tempestividade e pela efetividade) como *elemento, aspecto, extensão, modalidade* ou *prolongamento* dos próprios *direitos fundamentais de ação e de defesa*, nos exatos moldes dos direitos processuais à prova e ao recurso.¹⁰³ De fato, a proteção pelo Poder Judiciário pode ser dada tanto

¹⁰³ Sobre o direito à prova como aspecto ou elemento dos direitos de ação e de defesa, consultem-se ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (1997, p. 84-85) e EDUARDO CAMBI (2001, p. 112-

ao autor quanto ao réu, o que se explica por conta do *paralelismo* usualmente visto entre a ação e a defesa, unidas pelo processo, definido como procedimento (adequado) em contraditório.¹⁰⁴ Todavia, como tal paralelismo *não significa plena identidade e nem tem caráter absoluto*¹⁰⁵, a tutela jurisdicional apresenta *mais intensidade e maior variabilidade* quando ligada às posições ativas inerentes ao direito de ação, razão por que, inclusive, em perspectiva que destaca o nexo instrumental da ação, serve-lhe de critério classificatório¹⁰⁶. Note-se que a tutela jurisdicional, quando conferida ao réu que se manteve em postura exclusivamente defensiva no curso procedimental, resume-se ao juízo de inadmissibilidade, com a extinção do processo sem resolução do mérito¹⁰⁷, ou a uma sentença de improcedência que muitas vezes sequer declara a inexistência da relação jurídica aventada pelo autor como fundamento de sua pretensão, limitando-se ao *non liquet* (por exemplo, no julgamento de improcedência por insuficiência probatória da parte do demandante)¹⁰⁸. Diferentes, ao seu turno, são as hipóteses nas quais o demandado assume postura ativa e exerce também o direito de ação no mesmo processo, manejando reconvenção ou pedido contraposto, ou das chamadas ações dúplices, em todas elas podendo, desde que obtenha êxito, beneficiar-se das acrescidas intensidade e variabilidade adrede ressaltadas.

Esclarecido o vínculo que se vislumbra entre o direito fundamental de ação e o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, justifica-se o motivo pelo qual anteriormente se conceituou o primeiro, em uma acepção sintética, como o *direito de obter a prestação jurisdicional integral*,

113, 123-124). De igual modo quanto ao direito de recorrer, vejam-se GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO (1999, p. 32) e MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES (2000, p. 35-37).

¹⁰⁴ Daí porque, como já se adiantou, visualiza-se a norma principiológica que dá suporte ao *direito à tutela jurisdicional qualificada* a partir da conjugação dos incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII do art. 5º da CF/1988.

¹⁰⁵ Por exemplo, no processo penal condenatório tal paralelismo é severamente mitigado, uma vez que só o Estado e o ofendido podem exercer o direito de ação, ao passo que o suspeito deve sempre figurar na posição de acusado (FERNANDES, 2005, p. 283).

¹⁰⁶ Ver *supra*, 3.1.

¹⁰⁷ Mesmo DINAMARCO (1996a, p. 29) entende que, havendo extinção do processo sem resolução do mérito, presta-se tutela jurisdicional ao demandado, conquanto de menor intensidade, liberando-o do vínculo que a própria pendência processual representa.

¹⁰⁸ Que, para GELSON AMARO DE SOUZA (2012, p. 7-12, 16-18), consiste em um *falso julgamento do mérito*, a seu ver *sempre incapaz* de ser acobertado pelo manto da coisa julgada material, independentemente de previsão legal expressa que ressalve a possibilidade de repropositura da demanda quando embasada em novas provas, tal como, dentre outras, a do art. 16 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Preleciona o professor que o juiz, reconhecendo que o autor não se desincumbiu do ônus da prova, deve, ao invés de julgar o pedido improcedente, decretar a extinção anormal do feito, com fulcro no art. 267, inciso III, do Código de Processo Civil, a fim de não lhe prejudicar, por vezes irreversivelmente, eventual direito material de que realmente seja titular.

integralidade esta que tem conteúdo variável e se submete a *condicionamentos processuais e materiais*.¹⁰⁹

A tutela jurisdicional é um *elemento, aspecto, extensão, modalidade* ou *prolongamento* tanto da ação quanto da defesa, e portanto também uma *eventualidade* relativamente a uma e outra. Isto é, pode ou não ser outorgada ao autor, assim como pode ou não ser outorgada ao réu. Porém, ainda que não seja contemplado com a tutela jurisdicional, o demandante *sempre obterá a prestação jurisdicional*, que é a *resposta devida pelo Estado-juiz ao exercício do direito de ação*, inobstante o seu teor. Conforme registra ANTONIO GIDI,

[...] o direito de ação é o direito subjetivo público do cidadão à prestação jurisdicional devida pelo Estado, vale dizer, o direito a uma sentença. Não a uma sentença favorável, como querem os concretistas; nem a uma sentença de mérito, como propôs, diplomaticamente, Liebman. O direito de ação é um direito a uma sentença de qualquer conteúdo, seja pela procedência do pedido, seja pela improcedência, seja pela extinção do processo sem julgamento do mérito, seja até mesmo pelo indeferimento da inicial. (1990, p. 202)

Logo, essa resposta estatal pode ou não vir acompanhada de qualquer uma das modalidades de tutela jurisdicional enumeradas pela doutrina. Vejam-se alguns exemplos: a) o autor tem sua petição inicial indeferida de plano, por patente ilegitimidade *ad causam* ativa, recebendo a prestação jurisdicional, contudo sem nenhum tipo de tutela; b) o autor ajuíza a demanda, obtém a antecipação da tutela pretendida e, ao final do processo, vê seu pedido julgado improcedente, recebendo neste caso tanto a prestação jurisdicional quanto a tutela jurisdicional, embora apenas a provisória ou interinal; c) o autor ajuíza a demanda, não consegue a antecipação da tutela pretendida e, ao final do processo, vê seu pedido julgado procedente, recebendo neste caso tanto a prestação jurisdicional quanto a tutela jurisdicional definitiva, correspondente ao provimento invocado, mas não a provisória ou interinal.

Dizer que a prestação jurisdicional há que ser integral e que esta integralidade é processual e materialmente condicionada, por outro lado, equivale a afirmar que o autor tem o direito de obter *tudo e exatamente aquilo que sua situação*

¹⁰⁹ Ver *supra*, 3.1. Anote-se que, como instituto jurídico e fundado em sua teleologia, há identidade essencial do conceito de ação nas vertentes do Direito Processual, diferindo apenas no que toca ao conteúdo por ela viabilizado, ou seja, a natureza pretensão deduzida em juízo. Assim, na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (1965, p. 321), a ação penal “é o direito instrumental relacionado com uma pretensão de Direito Penal; a ação civil, o mesmo direito, relacionado com uma pretensão de direito extrapenal”.

concreta lhe garante perante os ordenamentos processual e substancial. Assim, se não reúne as condições da ação, a integralidade se dará com a prolação de sentença terminativa. Ainda, se as reúne, porém não ostenta o direito material alegado, a integralidade estará satisfeita com a prolação de sentença de mérito que julgue improcedente sua pretensão. Por derradeiro, se, além de preencher as condições da ação, o demandante vem a demonstrar a existência de seu direito substancial, a integralidade somente se perfará com a entrega da efetiva tutela jurisdicional. Sem prejuízo, em qualquer dessas hipóteses, poderá ele também fazer jus, por exemplo, à tutela provisional ou à tutela cautelar, as quais então deverão compor a aludida integralidade.

A previsão das normas que conferem supedâneo ao direito fundamental de ação e (em parte, como frisado) ao direito fundamental à tutela jurisdicional qualificada, entretanto, não esgota a normatividade do art. 5º., inciso XXXV, da Constituição da República. Completando o que se chamou de *regime jurídico do direito de ação*, a partir dele também se estruturam *regras de competência* que estabelecem verdadeiras *garantias institucionais*¹¹⁰ em prol daqueles direitos fundamentais contra investidas dos Poderes Públicos tendentes a tolhê-los indevidamente (MENDES, 2010b, p. 607). Com efeito, trata-se de dispositivo que traz simultaneamente *delimitação material, reserva e delimitação substancial (conteudística ou objetiva) de competência*.¹¹¹

Ao consignar que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (grifos nossos), o enunciado *delimita materialmente* (diz quem pode exercê-la) ao legislador e *reserva* (diz por meio de que ato jurídico deve exercê-la) à lei a competência para intervenções nos âmbitos

¹¹⁰ As *garantias institucionais* resultam da percepção de que determinadas instituições ou determinados institutos jurídicos, em dimensão objetiva, desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial preservado da ação erosiva do legislador (BRANCO, 2010, p. 346-347).

¹¹¹ No magistério de HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 81-83), as regras de competência podem ser “dissecadas” em uma série de regras comportamentais, isto é, com base em preceitos relativos à *atribuição de competência, ao exercício de competência, à delimitação material de competência, à reserva de competência e à delimitação substancial de competência* podem ser reconstruídas conjuntamente várias regras de comportamento, o que preserva seu conceito de regra como *norma imediatamente descritiva*, na medida em que estabelece obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada (2009, p. 71). Para a ideia que se quer destacar no texto, basta a alusão às regras de competência, sem necessidade de as converter em uma plêiade de regras comportamentais. Não se olvide, porém, que as regras de competência, até por serem, no fundo, conjuntos de regras de comportamento, criam também uma gama de situações subjetivas.

de proteção¹¹² dos direitos fundamentais de ação e à tutela jurisdicional qualificada. Para exata intelecção acerca de qual órgão legiferante e qual fonte normativa são constitucionalmente aptos a promover tais intervenções, o inciso XXXV do art. 5º. precisa ser conjugado com o art. 22, *caput*, inciso I, e parágrafo único, com o art. 62, § 1º., alínea *b*, e com o art. 68, § 1º., inciso II, da Carta Magna, resultando que o *legislador* há que ser o *Poder Legislativo da União*¹¹³ e que a *lei* pode adotar a forma de *emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária*.¹¹⁴ As intervenções nos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais em tela, portanto, estão sujeitas a *reserva legal simples*, isto é, despida de pressupostos ou objetivos específicos a serem observados (SARLET, 2009, p. 392). Significa, por conseguinte, que ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário é vedado interferir originariamente sobre eles, impondo-lhes condicionamentos, exigências ou restrições não previstos em lei (*lato sensu*).

Em acréscimo, ao preconizar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (grifos nossos), o enunciado *delimita substancial, conteudística ou objetivamente, de maneira negativa (diz o que não pode ser feito no seu exercício), a competência para intervenções nos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais de ação e à tutela jurisdicional qualificada, proibindo que a lei venha a afastar irremediavelmente do crivo jurisdicional as afirmações de lesão ou ameaça a direito* (CÂMARA, 2008, p. 47). Sob outro ângulo, *contrario sensu*, autoriza ao Legislativo da União a *conformação e a limitação* dos

¹¹² O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica ou, em outras palavras, o bem jurídico protegido, o objeto tutelado, que nem sempre se mostra de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos que asseguram direitos fundamentais, bem assim da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexa multifuncionalidade deles (SARLET, 2009, p. 387). O *âmbito de proteção* responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o direito fundamental (SILVA, 2010, p. 72).

¹¹³ E nunca os congêneres dos Estados ou do Distrito Federal, uma vez que, tratando-se de conformação ou limitação de direitos fundamentais, a atuação nos seus âmbitos de proteção deve ostentar caráter geral e uniforme, não se prestando às normatizações específicas e variáveis permitidas pelo parágrafo único do art. 22 da CF/1988.

¹¹⁴ Não há restrições constitucionais ao tratamento de matérias concernentes a direitos individuais ou a Direito Processual por meio das referidas espécies normativas. Existem impedimentos expressos, contudo, no que tange às medidas provisórias (art. 62, § 1º., alínea *b*) e às leis delegadas (art. 68, § 1º., inciso II), bem como impedimentos implícitos quanto a decretos legislativos e resoluções, cabíveis apenas, respectivamente, para a disciplina de matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (artigos 49 e 62, § 3º.) e para a veiculação de atos (normativos ou não, com efeitos internos ou externos) do Congresso Nacional, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados (MORAES, 1998, p. 479-482; TEMER, 1998, p. 153-154).

mencionados direitos fundamentais (MENDES, 2010b, p. 607)¹¹⁵, que no entanto sempre se mostrarão passíveis de controle quanto à sua constitucionalidade com base nos postulados da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.¹¹⁶ Por exemplo, não que ser tidas como inconstitucionais, por implicarem ofensa ao direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva e ao postulado da proporcionalidade, as regras processuais que proíbam apriorística, indiscriminada e peremptoriamente a concessão de medidas liminares, de natureza antecipatória ou cautelar, sem considerar as circunstâncias do caso concreto, tal como o faz o art. 1º. da Lei n. 8.437/1992 (CÂMARA, 2008, p. 47-49; MENDES, 2010b, p. 610).

O *exercício do direito de ação*, contudo, na linha de raciocínio adrede desenvolvida, que no mais é consentânea com cediço entendimento doutrinário, não é ilimitado, podendo se submeter a uma sorte de exigências, cuja ausência caracterizará sua *abusividade* e *inadmissibilidade* (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2011, p. 278; GRINOVER, 1977, p. 26-27; JARDIM, 2001, p. 32; TORNAGHI, 1953, p. 8): são as *condições da ação*, analisadas na sequência.

3.3 CONDIÇÕES DA AÇÃO E EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS ESCOPOS DO SISTEMA PROCESSUAL JURISDICIONAL, CONSTITUCIONALMENTE ASSENTADOS

No ensejo dos estudos que marcaram o surgimento autônomo da ciência processual e a consolidação de seu arcabouço conceitual, entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, delimitaram-se algumas classes de natureza lógico-jurídica, por vezes também incorporadas pelos ordenamentos jurídico-positivos, nas quais se enquadram certos elementos que se relacionam com os institutos basilares do Direito Processual (*processo, jurisdição, ação e defesa*) e

¹¹⁵ Sobre as diferenças apontadas na doutrina para os termos *conformação* e *limitação* de direitos fundamentais e seus respectivos sinônimos, ver *infra*, 3.3.

¹¹⁶ *Proporcionalidade e razoabilidade*, de acordo com HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 144-145), são *postulados normativos aplicativos específicos*, porquanto sua incidência depende da existência de determinados elementos e é pautada por certos critérios. Segundo ele, outrossim, enquanto a proporcionalidade é aplicável em nível abstrato nos casos em que exista relação de causalidade entre um meio e um fim (a ser avaliada pelos critérios da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*), a razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada ou entre um critério e uma medida. Sobretudo a proporcionalidade cumpre relevantíssima função de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 397). O tema será aprofundado a seguir (ver *infra*, 3.3).

que se colocam como objetos da cognição judicial. São as chamadas *categorias fundamentais do processo* (ARRUDA ALVIM, 1975, p. 51, 1990, p. 230; DIDIER JR., 2004, p. 92-93; GRINOVER, 1977, p. 5; WATANABE, 1999, p. 71-74).

A doutrina admitia em princípio somente duas divisões, respectivamente referidas ao processo (*iudicium*) e ao direito substancial controvertido (*res in iudicium deducta*), postura que se convencionou denominar *teoria do binômio*. Todavia, atualmente, o posicionamento majoritário dos autores pátrios se inclina para a *teoria do trinômio*, consoante a qual há, ao lado daqueles grupos, um terceiro, relacionado diretamente com o *jus actionis*: *as condições da ação* (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 248; BUZAID, 1945, p. 100-101, 111-112; CÂMARA, 2008, p. 263-266; DIDIER JR., 2004, p. 92-93; GRINOVER, 1977, p. 27-30; NEVES, 1978, p. 9-11; WAMBIER, 2007, p. 44-45; WATANABE, 1999, p. 71-74).¹¹⁷ O precursor da vertente tripartida foi ENRICO TULLIO LIEBMAN, processualista italiano que permaneceu no Brasil entre os anos de 1939 e 1946 e influenciou sobremaneira a formação da denominada *Escola de Processo de São Paulo* (BUZAID, 1982).

Inicialmente, por força do raciocínio concretista, as condições da ação eram percebidas, no magistério de GIUSEPPE CHIOVENDA (1998, v. 1, p. 89), como “as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável”, inserindo-se então no próprio *meritum causae*. CHIOVENDA (1998, p. 89) elencava como condições da ação a *existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem, obrigando o réu a uma prestação; a qualidade ou legitimidade das partes*, isto é, a identidade do autor com a pessoa favorecida pela lei e do réu com a pessoa obrigada; e o *interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos judiciais*. PIERO CALAMANDREI (2003, v. 1, p. 218), também concretista, em linha bastante similar, enumerava como condições ou requisitos da ação *um certo fato específico jurídico*, ou seja, *uma certa relação entre um fato e uma norma; a legitimação; e o interesse processual*.

¹¹⁷ Observe-se que CELSO NEVES (1978, 1997, p. 199-201), em construção teórica bastante peculiar, sustenta a existência de um *quadrinômio* de matérias levadas ao deslinde do Poder Judiciário, composto pelo *mérito*, pelas *condições da ação*, pelo *pressuposto processual* (único, a seu ver, e consubstanciado no exercício do direito de ação) e pelos *supostos processuais* (identificados com as exigências para o desenvolvimento válido e regular do feito, usualmente albergadas sob o rótulo de *pressupostos processuais de validade*).

LIEBMAN, que fora discípulo de CHIOVENDA, reformulou sensivelmente a compreensão das condições da ação. Por sua conhecida *teoria eclética*, prelecionou que elas não se inserem nas clássicas categorias (*judicium* e *res in judicium deducta*), porquanto pertinentes à própria *existência da ação*, constituindo por isso verdadeiro *tertium genus*, e que devem ser preliminarmente verificadas pelo magistrado em ato ainda não *tipicamente* jurisdicional, pois não soluciona o conflito de interesses. Diante da falta de alguma das condições da ação, fenômeno tradicionalmente chamado de *carência de ação*, tem-se mero manejo do direito cívico constitucional de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, e não da ação propriamente dita. Nota-se que a ação, para LIEBMAN, é o direito (ou poder) a uma sentença de mérito (CÂMARA, 2008, p. 111; DINAMARCO, 2002a, p. 379-392; LIEBMAN, 1980, p. 131-136; MARINONI, 2008, p. 170-173; MONIZ DE ARAGÃO, 1978, p. 71, 2002, p. 42).

Tal concepção arrebatou grande número de adeptos, assim como ferrenhos opositores, mormente dentre os abstracionistas, tendo sido tachada por CALMON DE PASSOS (apud WATANABE, 1999, p. 78) de “concretismo dissimulado de LIEBMAN”. Contraditava-se a teoria liebmaniana especialmente com o argumento de que, mesmo não ocorrendo a resolução do mérito, em virtude da carência de ação, há sempre e efetivamente o exercício da função jurisdicional e processo, que só se instaura pela provocação do órgão julgador, justamente por meio da ação. Seria incoerente, pois, a assertiva de LIEBMAN (DINAMARCO, 2002a, p. 386; GOMES, 1999, p. 45-46; WATANABE, 1999, p. 79). O dissenso maior residia, em resumo, na caracterização da atividade jurisdicional e na inclusão ou não, em seu âmbito, do provimento que julgava ausente alguma das condições da ação.

A doutrina brasileira majoritária, conciliando as opiniões contrastantes, firmou-se no sentido de reconhecer que as condições da ação não se destinam à *existência* deste direito, e sim ao seu *legítimo exercício* (CÂMARA, 2008, p. 111; FREIRE, 2001, p. 58; GRINOVER, 1977, p. 26-27; JARDIM, 2001, p. 32; TORNAGHI, 1953, p. 8). Ou, na lição de KAZUO WATANABE (1999, p. 80), cuida-se de “*condições’ para o julgamento do mérito da causa*, impostas basicamente por razões de economia processual, e não condições para a existência da ação”. O maior êxito da ideia foi colocar fim à distinção da ação em dois planos. Com efeito, o direito de ação é um só, constituindo as condições a que submetido requisitos do

seu escorreito e lídimo exercício, assim autorizando que o órgão judicial possa emitir pronunciamento sobre a pretensão deduzida (BEDAQUE, 2007, p. 232, 237).

O Código de Processo Civil de 1973, por influência do autor de seu anteprojeto, ALFREDO BUZAID, discípulo de LIEBMAN durante a estada deste em São Paulo (BUZAID, 1982), abertamente admitiu as condições da ação como categoria jurídico-positiva autônoma, distinta dos pressupostos processuais e do mérito, e enunciou expressamente a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, erigindo sua falta em causa de indeferimento da petição inicial (art. 295, *caput*, incisos I, II e III, e parágrafo único, inciso III) e de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, inciso VI)¹¹⁸.

A possibilidade jurídica do pedido talvez seja a mais controvertida das condições da ação, não havendo ainda consenso entre os processualistas quanto a seu significado e abrangência. O próprio LIEBMAN reviu seu posicionamento e a abandonou, a partir da terceira edição de seu *Manual de direito processual civil (Manuale di diritto processuale civile)* (DINAMARCO, 2002a, p. 395-396; GRINOVER, 1977, p. 38-39; WATANABE, 1999, p. 76). No tocante ao interesse de agir e à legitimidade para a causa, pode-se afirmar que a doutrina e a jurisprudência apresentam posicionamentos mais harmônicos, sem discrepâncias muito intensas.

Quanto ao Código de Processo Penal, passou a consignar a categoria de forma explícita, conquanto sem apresentar rol, após a reforma promovida pela Lei n. 11.719/2008, e seu art. 395, inciso II, hoje alude expressamente à ausência das condições para o exercício da ação penal como situação ensejadora da rejeição da denúncia ou da queixa.¹¹⁹

¹¹⁸ Conforme a dicção introduzida no art. 267, *caput*, do CPC pela Lei n. 11.232/2005.

¹¹⁹ Observe-se que a rejeição da exordial acusatória antes era tratada no art. 43 do Estatuto Instrumental Criminal, revogado pela citada Lei n. 11.719/2008. O *caput* do dispositivo preconizava que a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada quando o fato evidentemente não constituísse infração penal (inciso I); quando já estivesse extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa (inciso II); e quando fosse manifesta a ilegitimidade da parte ou faltasse condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (inciso III). O parágrafo único do artigo, ao seu turno, autorizava que nos casos do inciso III houvesse novo exercício da ação penal, desde que promovido pela parte legítima ou satisfeita a condição. No plano doutrinário, não há unanimidade de entendimento acerca das condições para o legítimo exercício da ação penal. Com efeito, posição defendida por nomes como ANTONIO ACIR BRENDA (1980, p. 177-178), JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (1989, p. 145), JOÃO PEDRO GEBRAN NETO (1996, p. 41-58) e AURY LOPES JR. (2009, p. 349-366) as apresenta como a *tipicidade objetiva* ou *aparente*, a *punibilidade concreta*, a *legitimidade das partes* e a *justa causa*. A corrente amplamente majoritária, adotada, entre muitos outros, por JOSÉ FREDERICO MARQUES (1965, p. 317-320), JOSÉ LISBOA DA GAMA MALCHER (1980, p. 306-308), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (1997, p. 478-498), JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 203-211) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI (2002, p. 89-99), por sua vez, postula serem em princípio idênticas as exigências para o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, embora com conteúdo ligeiramente diverso, admitindo também outras,

Boa parte da doutrina postula que a análise das condições da ação há que se realizar *in statu assertionis*, quer-se dizer, à vista das afirmações do autor trazidas na peça vestibular e dos documentos que a instruem, em juízo de cognição superficial ou no máximo sumária, a fim de se averiguar a admissibilidade da ação e a viabilidade do desenvolvimento processual. Constatada ulteriormente, após a fase instrutória, a inverdade daquelas afirmações, o *decisum* seria de mérito, julgando-se improcedente a pretensão. É a denominada *teoria da asserção*¹²⁰ (BEDAQUE, 2007, p. 239-243, 251-254; CÂMARA, 2008, p. 121-122; FREIRE, 2001, p. 60; JARDIM, 2001, p. 38-40; MAGGIO, 2005, p. 65-67; WATANABE, 1999, p. 80, 94).

O entendimento mais acertado, contudo, parece ser no sentido de que as condições da ação devam estar efetivamente presentes para que se possa adentrar o *meritum causae*, não importando o momento em que for detectada sua falta. O pronunciamento será sempre terminativo. Ademais, como anteriormente já sustentou ADA PELLEGRINI GRINOVER (1977, p. 49-53)¹²¹, é desprovido de boa técnica o enquadramento de um mesmo fenômeno em duas classes diversas, somente em virtude da etapa procedimental em que é verificado.¹²²

Como adrede se indicou, as condições da ação balizam o *exercício* do direito de ação e, juntamente com os pressupostos processuais, inserem-se em um grupo maior que pode ser denominado de *requisitos, condições ou pressupostos de admissibilidade do exame e julgamento do mérito*¹²³ (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 248; BUZAID, 1945, p. 141-142; DIDIER JR., 2004, p. 93; WAMBIER, 2007, p. 44), visto que sua presença autoriza a análise da pretensão deduzida, ao passo que sua ausência a impede. Caso estejam preenchidas no momento da propositura da demanda, porém venham a faltar ao longo do curso procedimental, haverá *carência*

concernentes apenas ao segundo ramo jurídico. Poder-se-ia, destarte, dividi-las em *condições genéricas* e *condições específicas de procedibilidade*. Estas últimas, todavia, conforme salientam ADA PELLEGRINI GRINOVER (1977, p. 194-198, 2007), VICENTE GRECO FILHO (1998, p. 112), EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2006, p. 89) e ANTÔNIO ALBERTO MACHADO (2009, p. 116), podem ser perfeitamente reconduzidas à condição da *possibilidade jurídica do pedido*.

¹²⁰ Ou *prospettazione*, para os italianos.

¹²¹ Registre-se, contudo, que ADA PELLEGRINI GRINOVER (2007) recentemente modificou seu posicionamento, aderindo à teoria da asserção.

¹²² Para outras críticas à teoria da asserção, em especial no que concerne à legitimidade para a causa, ver *infra*, 4.2.

¹²³ Preleciona ARRUDA ALVIM (1990, p. 248) que as condições da ação, tanto quanto os pressupostos processuais, são categorias eminentemente técnico-formais, o que significa que, conforme o ordenamento jurídico-positivo, poderão ser construídas e consideradas algo diferentemente, isto é, poderão ser englobadas em uma única categoria mais ampla e distinta do mérito ou, como se faz na Itália e no Brasil, compor classes distintas, formando, juntamente com o mérito, uma trilogia. Para exemplos no Direito comparado, consulte-se MAURO ALVES DE ARAÚJO (1999, p. 73-76, 86-90).

superveniente de ação, ensejando a extinção do processo sem apreciação do *meritum causae*. Na hipótese inversa, isto é, estando ausentes quando do ajuizamento da demanda, contudo vindo a ser implementadas durante o trâmite do feito, cabe ao magistrado proferir sentença de mérito (ARMELIN, 1987, p. 28; LIEBMAN, 1980, p. 136; NERY JR.; NERY, 1999, p. 729).¹²⁴

As condições da ação constituem matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelos órgãos judiciários em qualquer tempo e grau de jurisdição e cujo exame não se sujeita à preclusão (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 235; FREIRE, 2001, p. 81-82; NERY JR.; NERY, 1999, p. 729). No Código de Processo Civil, tal regra exsurge do texto explícito do § 3º. do art. 267. No Código de Processo Penal, bastante sistemático e praxista no tocante ao tema, pode ela ser inferida da exegese conjugada dos artigos 395, inciso II, 564, incisos II, III, alínea a, e IV, 647, 648, incisos I e VI, 649 e 654, § 2º.. Nas instâncias excepcionais, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, concorda-se aqui com o posicionamento segundo o qual a declaração da carência de ação depende do *conhecimento* do recurso especial ou extraordinário interposto, uma vez satisfeitas as exigências constitucionais e legais de seu juízo positivo de admissibilidade, sendo desnecessário, contudo, o prequestionamento da matéria, posto que, como dito acima, ostenta caráter de ordem pública e é cognoscível de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (FREIRE, 2001, p. 86; WAMBIER, 2008, p. 356-358).¹²⁵ A questão deixa de ter maior relevância prática em sede de processo penal condenatório, porquanto os referidos Tribunais Superiores, deparando-se com a

¹²⁴ Há interessante precedente do Supremo Tribunal Federal neste sentido, reconhecendo o preenchimento superveniente do interesse de agir e a viabilidade do exame do mérito em ação direta de inconstitucionalidade: “1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional n. 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência de ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. [...]” (STF, Pleno, ADI 3367/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 13.04.2005, p. DJ 17.03.2006, disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acesso em: 16 out. 2012).

¹²⁵ Neste sentido, no Superior Tribunal de Justiça, dentre vários outros julgados, vale destacar o seguinte: “[...] 3. O Superior Tribunal de Justiça pode enfrentar a matéria prevista nos arts. 267, § 3º., e 301, § 4º., do CPC, porquanto ‘Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais podem ser conhecidos *ex officio* no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula n. 456 do STF’ [...]” (STJ, 1ª. T., AgRg no AREsp 44971/GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 22.05.2012, p. DJe 05.06.2012, disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>, acesso em: 16 out. 2012).

manifesta falta de alguma das condições para o regular exercício da ação penal, que enseja, ainda que reflexamente, coação ilegal ao *jus libertatis*, podem desde logo conceder *habeas corpus* de ofício, com fulcro nos artigos 648, incisos I e VI, e 654, § 2º., do CPP, para o fim de decretar a nulidade do procedimento criminal (art. 652 do CPP), obstar o seu trâmite ou lhe colocar termo (art. 651 do CPP, *contrario sensu*).

Outrossim, proferida sentença de mérito, apesar da patente ausência de alguma das condições da ação, pode ela inclusive ser rescindida após o seu trânsito em julgado.¹²⁶ Na área extrapenal, mostra-se indubitosa a pertinência da ação rescisória para a desconstituição de decisões definitivas de mérito prolatadas *contra legem* em hipóteses de impossibilidade jurídica e de ilegitimidade *ad causam*, manejada com fundamento no art. 485, inciso V, combinado com o art. 267, inciso VI, ambos do CPC, e cuja medida jurisdicional se resumirá, no caso de procedência do pedido, ao *juízo rescindente*. No que tange à ausência do interesse de agir, forçoso concluir que, via de regra, transitado em julgado o pronunciamento de mérito, ficam superados os questionamentos sobre os seus critérios determinativos, quer-se dizer, a necessidade da tutela jurisdicional (que acabou sendo efetivamente prestada a uma das partes), a adequação do procedimento (que, mesmo de modo heterodoxo ou menos eficiente, atingiu o objetivo precípuo da resolução do mérito) e a utilidade do provimento (que no mínimo deu azo ao acerto da situação controvertida). Portanto, em princípio, o autor da ação rescisória careceria do interesse de agir para discutir a violação de literal disposição de lei representada pelo julgamento da causa inobstante a falta desta mesma condição da ação no processo antecedente. Teoricamente, contudo, o interesse estará presente na ação rescisória se eventuais defeitos oriundos de sua inobservância no feito primitivo (especialmente no que concerne ao *interesse-adequação*) puderem ocasionar problemas à efetivação prática da sentença que sejam insolúveis pela mera aplicação das corretas técnicas processuais na fase de cumprimento ou de execução. Na esfera penal, a *sentença condenatória* proferida apesar da carência de ação e transitada em julgado *sempre será passível de impugnação e desconstituição* por meio de revisão criminal, nos moldes dos artigos

¹²⁶ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (2007, p. 348-350, 472-476, 492-495), de modo diverso e coerente com seu entendimento das condições da ação como *requisitos de existência da ação*, sustenta que a sentença de mérito proferida em face da carência de ação padece do vício da *inexistência jurídica*, de cunho transrescisório, podendo ser impugnada até por meio de simples ação declaratória, sem prejuízo, entretanto, de se admitir a fungibilidade da ação rescisória para o mesmo fim.

621, inciso I, e 626, *in fine*, combinados com os artigos 395, inciso II, 564, incisos II, III, alínea a, e IV, todos do CPP, ou de *habeas corpus*, na forma dos artigos 647, 648, incisos I e VI, e 649, também combinados com os artigos 395, inciso II, 564, incisos II, III, alínea a, e IV, todos do CPP. A *sentença absolutória* passada em julgado, todavia, ainda que prolatada diante da ausência de condição para o legítimo exercício da ação penal condenatória, nunca pode ser revista *pro societate*.

A despeito da ampla assimilação e de sua inserção como categoria jurídico-positiva em nosso ordenamento, predomina ainda na doutrina a análise puramente jurídico-técnica das condições da ação, sem questionar a fundo sua teleologia perante os escopos metajurídicos do sistema processual jurisdicional e a relação de aparente tensão com a letra do art. 5º., inciso XXXV, da Carta Magna, o qual preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como regra geral, especialmente no âmbito dos manuais, costuma-se empreender mera exposição dos conceitos e das características de cada condição, seguida de alguns exemplos práticos e da especificação das consequências da carência de ação, finalizada por ponderações sobre o modo como devem ser aferidas pelo magistrado.¹²⁷ Mesmo no bojo de ensaios monográficos mais alentados, que se ocupam das condições da ação com maior aprofundamento, como seu objeto principal¹²⁸ ou incidentalmente¹²⁹, prepondera dita abordagem, vinculando-as a imperativos de economia processual e tecendo considerações respeitantes à conexão instrumental com o direito material (escopo jurídico-técnico). Não se desconhecem, também, algumas posturas que sustentam a inutilidade, ou no mínimo a inconveniência, de considerá-las como classe jurídica autônoma e advogam sua recondução ao *meritum causae* ou aos pressupostos processuais.¹³⁰

¹²⁷ Merecem referência, pelo inegável destaque na literatura jurídica pátria, no Processo Civil, ARRUDA ALVIM (1990, p. 230-236), ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (2008, p. 115-122), CELSO NEVES (1995, p. 121-132) e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (1997, p. 52-58), bem como, no Processo Penal, JOSÉ FREDERICO MARQUES (1965, p. 317-320), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (1997, p. 478-498), VICENTE GRECO FILHO (1998, p. 107-114), JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 203-211), ROGÉRIO LAURIA TUCCI (2002, p. 89-99), EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2006, p. 83-97) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2008, p. 706-715).

¹²⁸ Vale fazer menção aos trabalhos de RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE (2001), com enfoque voltado ao interesse de agir no Processo Civil, e de MARCELO PAULO MAGGIO (2005), enfatizando a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, assim como aos de ADA PELLEGRINI GRINOVER (1977, 2007), cuidando da ação penal condenatória.

¹²⁹ Destacam-se as obras de KAZUO WATANABE (1999, p. 76-97), de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (2007, p. 230-407) e de MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA (2001, p. 177-223).

¹³⁰ Imprescindível, neste ponto, a alusão, no Processo Civil, a OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA (1998, p. 97-108), FÁBIO GOMES (1999, p. 52 ss.) e FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 203-296), bem como, no Processo Penal, a DENILSON FEITOZA (2008, p. 41-54). Tais posturas, contudo, parecem

Olvidou-se, todavia, a atenção ao papel das condições da ação ante os escopos jurídico-sociais e jurídico-políticos do sistema processual jurisdicional¹³¹ e aos contornos elementares de suas bases constitucionais, com vistas a conciliar a aparente contradição com a literal dicção do supracitado comando fundamental, que *prima facie* parece repudiar ingerências do legislador ordinário no tocante à suprema garantia da inafastabilidade do controle judicial.

Do ponto de vista metodológico, calcado nas perspectivas *neoconstitucionalista* e *neoprocessualista*, busca-se nesta dissertação a superação da abordagem limitada e unilateral das condições da ação sob o enfoque singelamente técnico e norteado com exclusividade pelo escopo jurídico em sentido estrito (matizado pela tentativa de aproximação do direito substancial), posto que este foco de análise usualmente empregado pelos processualistas parece contribuir, em grande parte, para as críticas dirigidas à categoria e para sua percepção como verdadeiro obstáculo à tutela jurisdicional. Com efeito, as condições da ação devem ser compreendidas em contexto mais amplo, informado pelos escopos metajurídicos do sistema processual jurisdicional, porquanto somente assim se poderá evidenciar seu *conteúdo ético* e suas *funções de lídimo filtro de repulsa às demandas manifestamente abusivas e inviáveis* (aspecto negativo) e de *mecanismo de otimização e ampliação do acesso à justiça e da resolução de controvérsias* (aspecto positivo), bem assim justificar teoricamente sua inclusão em categoria autônoma. Outrossim, é possível solucionar a apontada tensão entre as condições da ação e a letra do art. 5º., inciso XXXV, da CF se elas forem alocadas sistemática e metodologicamente no interior da relevantíssima discussão acerca da limitação dos direitos fundamentais, tema que ostenta posição de centralidade na dogmática deles e, provavelmente, no próprio Direito Constitucional (MENDES, 2010a, p. 373).

A dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a concretização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, a teor da tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram

insustentáveis em face do ordenamento positivo pátrio, que, como se viu, consagra as condições da ação como categoria jurídica autônoma tanto no Direito Processual Civil (artigos 3º., 267, inciso VI, e 295, *caput*, incisos I, II e III, e parágrafo único, inciso III, do CPC) quanto no Direito Processual Penal (art. 395, inciso II, do CPP, após a reforma promovida pela Lei n. 11.719/2008), bem como partem da visão limitada que aqui se quer denunciar, desconsiderando o significado e o papel desses requisitos perante os escopos metajurídicos do sistema processual jurisdicional.

¹³¹ Sobre os escopos do sistema processual jurisdicional e a identificação de sua natureza de princípios jurídicos, ver *supra*, 2.1.

correspondência nas categorias dogmáticas denominadas *âmbito de proteção* (ou *suporte fático*¹³²), *limites* e *limites aos limites dos direitos fundamentais*. Tal esquema, aplicável aos direitos fundamentais *in genere*, acabou sendo recepcionado, ainda que nem sempre com a mesma terminologia e submetido a algumas variações, em outras ordens constitucionais, inclusive a brasileira, mesmo que muitas vezes dita recepção tenha ocorrido sem qualquer referência expressa ao mencionado esquema. Certo é, porém, que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (também chamado *campo de incidência* ou *suporte fático*) e, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção. Embora a evolução constitucional tenha revelado uma crescente convergência no que respeita ao reconhecimento, em termos gerais, de tais pressupostos, assim como de uma série de categorias que lhes são correlatas (por exemplo, a reserva legal, a garantia do núcleo essencial e a proporcionalidade, entre outras), permanece indispensável, até mesmo pela relativa diversidade das diretrizes normativas adotadas em cada ordem jurídica, com importantes reflexos na doutrina e na jurisprudência, privilegiar, ainda que mirando o Direito comparado, uma análise constitucionalmente adequada. No caso brasileiro, tais considerações são complementadas pela constatação de que o Constituinte, ao contrário do que ocorreu na Alemanha, em Portugal e na Espanha, exemplos mais conhecidos, optou por se manter silente no que concerne ao estabelecimento de um regime constitucional expresso e específico em matéria de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais, à exceção da previsão de reservas de lei e da proibição de abolição efetiva ou meramente tendencial dos conteúdos protegidos contra a reforma constitucional (art. 60, § 4º, da Constituição de 1988) (SARLET, 2009, p. 385-387).

¹³² VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 65-69) mostra sua preferência pelo termo *suporte fático*, que distingue em uma acepção *abstrata* e em uma acepção *concreta*. *Suporte fático abstrato*, segundo ensina, é o conjunto de elementos fáticos que a previsão (disposição) normativa estabelece e ao qual imputa determinada consequência jurídica, ao passo que *suporte fático concreto* é a ocorrência real, no mundo fenomênico, dos fatos ou atos que o enunciado normativo descreve e juridiciza. Outrossim, o mestre paulista (2010, p. 71-75) compreende que o *âmbito de proteção* é *apenas uma parte, certamente a mais importante, do suporte fático* de um direito fundamental, mas a este não equivale, correspondendo aos atos, fatos, estados ou posições jurídicas protegidos pela norma que garante tal direito fundamental. O *suporte fático de um direito fundamental*, para o autor, é composto pelo *âmbito de proteção*, pela *intervenção estatal neste âmbito de proteção* e pela *ausência de fundamentação constitucional da intervenção*. ROBERT ALEXY (2008, p. 302-307), que inspirou sobremaneira a doutrina de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, também diferencia o *suporte fático* do *âmbito de proteção* e neles vê relação de *continente e conteúdo*. Para efeito desta exposição, as expressões *âmbito de proteção* e *suporte fático* serão tomadas como sinônimas, tal como segue abaixo.

A definição do *âmbito de proteção* configura pressuposto elementar para a análise de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, daí se fazer mister a delimitação do *âmbito ou núcleo de proteção* e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (MENDES, 2010a, p. 373). O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica ou, em outras palavras, o bem jurídico protegido, o objeto tutelado, que nem sempre se mostra de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos que asseguram direitos fundamentais, bem assim da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexa multifuncionalidade deles (SARLET, 2009, p. 387).

O exame das restrições aos direitos fundamentais supõe a prévia identificação dos âmbitos de proteção deles, processo que não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento. Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de sua exegese conjugada com outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, em acréscimo, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito (MENDES, 2010a, p. 375).

Considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que eles não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de limitação nas suas esferas subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, havendo sido, de resto, amplamente aceita no Direito Constitucional contemporâneo (SARLET, 2009, p. 387-388). A temática ganha especial relevância nas chamadas *colisões de direitos fundamentais*, em *sentido estrito*, quando referentes a conflitos entre direitos fundamentais idênticos ou diversos de titulares diferentes, ou em *sentido amplo*, quando colocam em tensão direitos fundamentais e outros bens ou princípios que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade (MENDES, 2010a, p. 421). Todavia, para a adequada discussão sobre a restringibilidade dos direitos e seus respectivos limites, faz-se incontornável a análise, ainda que perfunctória, da contraposição entre as chamadas *teoria externa* e *teoria interna* dos limites aos direitos fundamentais, uma vez que a opção por uma delas culmina por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção

dos direitos fundamentais, com reflexos diretos na esfera das suas limitações (SARLET, 2009, p. 388).

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas, isto é, o direito e sua restrição, entre as quais há uma relação de tipo especial, consistente em uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido (posição jurídica *prima facie*), e, em segundo lugar, aquilo que remanesce do direito após a incidência de uma restrição, o *direito restringido* (posição jurídica definitiva). Tal concepção costuma ser denominada de *teoria externa*. Conquanto a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos se apresentam sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela deve insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Portanto, para a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, exterior ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos (ALEXY, 2008, p. 277).

Cenário completamente diverso é a base de sustentação da *teoria interna*, segundo a qual não há duas coisas, quer-se dizer, o direito e sua restrição, mas apenas uma, o direito com um determinado conteúdo. O conceito de *restrição* é substituído pelo de *limite*. Dúvidas sobre os limites do direito não são dúvidas acerca da possível extensão de sua restrição, mas dúvidas sobre o seu vero conteúdo. Quando eventualmente se alude a *restrições* no lugar de *limites*, usa-se falar então em *restrições imanentes* (ALEXY, 2008, 277-278). Trata-se de fronteiras implícitas, de natureza apriorística, que não se deixam confundir com autênticas restrições, geralmente compreendidas pela teoria externa como “desvantagens” normativas impostas exteriormente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que, a teor desta, o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico (SARLET, 2009, p. 388).

A polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de forma alguma, uma polêmica exclusivamente acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões evidentes. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, ao passo que

alguém a quem mais importa o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna (ALEXY, 2008, p. 278). Em virtude de ser pautada pela distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de restrições ou limites a tais direitos, a fim de se assegurar a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no contexto da realidade social. Nesta perspectiva, as limitações impostas a estes direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que têm sido designados de *limites dos limites*. A diferenciação entre âmbito de proteção e limites oferece significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à exigência de transparência metodológica, especialmente por não misturar interesses divergentes. Além disso, implica que o ônus da justificação de uma restrição recaia sobre o intérprete que a invoca, o que apenas reforça a tese de que os fins não podem jamais justificar os meios, posto que não apenas o resultado, mas sobretudo o *iter* percorrido da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito ou uma garantia definitivo(a) se afigura decisivo e viabiliza um controle racional de todo o procedimento (SARLET, 2009, p. 389-390).

Como direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais podem ser restringidos tão-somente por normas de idêntico patamar ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são *diretamente constitucionais*, enquanto as infraconstitucionais são *indiretamente constitucionais*. A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais se encontra nas *cláusulas de reserva explícitas*, que expressamente permitem intervenções e restrições. Nesse ponto, há que se distinguir entre reservas simples e qualificadas: no primeiro caso a competência para estabelecer restrições é pura e simplesmente garantida, ao passo que no segundo caso se delimita desde logo o conteúdo da restrição (ALEXY, 2008, p. 286, 291-292). Em suma, registra-se substancial consenso quanto à possibilidade de direitos fundamentais serem restringidos tanto por expressa disposição constitucional quanto por lei promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de serem estabelecidas restrições por força de

colisões entre direitos fundamentais, ou entre direito fundamental e bens jurídico-constitucionais, mesmo inexistindo limitação constitucional explícita ou autorização expressa assegurando o poder de fixar ditas restrições. Embora tal situação possa ser subsumida nas restrições *indiretamente constitucionais*, considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso. Ademais, como já demonstram as três espécies de limitações aludidas, verifica-se que, em qualquer hipótese, uma restrição a direito fundamental exige, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional (SARLET, 2009, p. 391-393).

O que releva destacar é que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob a perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do Poder Constituinte, representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No tocante à perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente no valor da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes. O controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais implica, no *plano formal*, a investigação da *competência*, do *procedimento* e da *forma* adotados pela autoridade estatal. Por sua vez, o *controle material* concerne notadamente à observância da *proteção do núcleo ou conteúdo essencial* daqueles direitos e ao atendimento das exigências de *proporcionalidade* e *razoabilidade*, além do que se tem convencionado chamar de *proibição do retrocesso*, categorias que, neste sentido, assumem a função de *limites aos limites* dos direitos fundamentais, verdadeiras barreiras às suas restrições e garantes de sua eficácia nas múltiplas dimensões e finalidades que assumem (SARLET, 2009, p. 395).

Neste ponto, convém frisar sucintamente as diferenças entre *proporcionalidade* e *razoabilidade*, bem assim entre a primeira e a denominada *técnica da ponderação*, posto que, embora relacionadas à restrição de direitos fundamentais, não se confundem, cada uma sendo dotada de pressupostos e caracteres próprios e específicos.

Proporcionalidade e razoabilidade, de acordo com HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 144-145), são *postulados normativos aplicativos*¹³³ *específicos*, porquanto sua incidência depende da existência de determinados elementos e é pautada por certos critérios. Segundo ele, outrossim, enquanto a proporcionalidade é aplicável em nível abstrato nos casos em que exista relação de causalidade entre um meio e um fim (a ser avaliada pelos critérios da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*), a razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada ou entre um critério e uma medida. Sobretudo a proporcionalidade cumpre relevantíssima função de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 397).

No Brasil, ditos postulados radicam no art. 5º., inciso LIV, da Constituição da República, que prevê a garantia do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process of law*), sendo muitas vezes tratados como sinônimos. Todavia, podem ser distinguidos em razão de sua *origem* e de sua *estrutura*. Quanto à *origem*, a razoabilidade surgiu da experiência jurídica norteamericana, amparada na cláusula do devido processo legal em sua acepção substancial, ao passo que a proporcionalidade decorre da experiência jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão. No que tange à *estrutura*, a razoabilidade depende do cotejo entre o *meio* empregado pela autoridade estatal e os *fins* visados (razoabilidade interna), a par da *legitimidade* destes fins (razoabilidade externa), enquanto a proporcionalidade se apresenta racionalmente definida, demandando o exame de três elementos ou critérios independentes (*adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*). Eis porque a razoabilidade impõe uma *condição material para aplicação individual da justiça*, apoiando-se na observação das situações pessoais e individuais antes da determinação das consequências normativas, ao contrário da proporcionalidade, que consiste em uma *estrutura formal* (de conteúdo neutro) de relação meio-fim. O postulado da razoabilidade também pode ser inferido mediante exegese do *princípio*

¹³³ Relembre-se que *postulado normativo aplicativo*, na lição de HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 124), consiste em uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação, qualificando-se portanto como *metanorma* ou *norma de segundo grau*. Também se recorde que VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 168-169) não admite essa categoria, refutando-lhe a importância e a validade metodológicas.

da isonomia (art. 5º., *caput* e inciso I, da CF), servindo de importante limite substancial para o controle de constitucionalidade das leis (BARROSO, 1996; CAMBI, 2009, p. 461-462).

A *ponderação*¹³⁴, ao seu turno, no magistério de HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 144-147), é um *postulado normativo aplicativo inespecífico*, visto que despido de vetores orientadores do seu emprego. O autor afirma, porém, a possibilidade de evolução para uma ponderação intensamente estruturada, que seja até mesmo utilizada para a aplicação de postulados específicos, como a proporcionalidade ou a razoabilidade, dependente de três etapas essenciais: 1) preparação da ponderação, consistente na análise exaustiva dos elementos e argumentos pertinentes; 2) realização da ponderação, que se expressa na fundamentação da relação estabelecida entre os elementos sopesados; e 3) reconstrução da ponderação, consubstanciada na formulação de regras de relação entre os elementos submetidos ao sopesamento, com pretensão de validade para além do caso. ROBERT ALEXY (2008, p. 166-167), a partir do exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, e no intento de fornecer critério objetivo para a ponderação, propõe regra que chama de *lei do sopesamento*, segundo a qual a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio constitucional depende do grau de importância da satisfação do outro que com ele colida. Não obstante as divergências, percebe-se serem inerentes à *técnica da ponderação ou do sopesamento* as ideias de *composição*, de *conciliação* e de *menor sacrifício possível*, isto é, busca-se solucionar a colisão entre direitos fundamentais, ou entre estes e outros bens jurídico-constitucionais, com a fixação de uma *escala de prioridade ou preferência de um sobre o(s) outro(s)*, que contudo não elimine ou avilte demasiadamente aquele que restou preterido. Cuida-se da noção de *concordância prática*, que se predispõe a resguardar a unidade da Constituição (CAMBI, 2009, p. 455).

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 178-179) discorre com lapidar clareza acerca das diferenças entre a proporcionalidade e a ponderação. Segundo o mestre paulista, há casos, que são a maioria, em que a restrição a um direito fundamental é veiculada por meio de regra presente em texto normativo

¹³⁴ Registra-se que a *técnica da ponderação* foi invocada pela primeira vez na Alemanha, no julgamento do *caso Lüth*, em 1958. Para notícia sobre as peculiaridades do aludido caso, que desborda do breve esclarecimento que se pretende trazer neste trabalho, consultem-se EDUARDO CAMBI (2009, p. 449-450) e DANIEL SARMENTO (2010, p. 174-175).

infraconstitucional. Esse tipo de restrição ocorre sempre que o legislador, em determinada situação, vê-se compelido a fazer o sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado, então, é expresso pela regra infraconstitucional, o que caracteriza tarefa central da legislação ordinária. O resultado da ponderação levada a cabo pelo legislador pode, em um sistema no qual se institucionaliza a jurisdição constitucional, como em nosso país, ser impugnado judicialmente. Nesse processo de controle da constitucionalidade da lei, se houver restrição a direito fundamental, impende recorrer à proporcionalidade (que o autor trata como *regra*) e a seus critérios determinativos, ou seja, deve-se questionar se a regra infraconstitucional que restringe o direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos (*adequação*), se não existe medida alternativa tão eficiente quanto ela, mas menos intrusiva (*necessidade*), e, finalmente, se há equilíbrio entre a restrição do referido direito e a realização do outro direito, bem ou interesse a ele contraposto (*proporcionalidade em sentido estrito*). Contudo, apresentam-se casos em que inexiste qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios constitucionais. Isto é, pode ocorrer que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de sopesamento por parte do legislador. Nestes casos, em que os princípios devem ser aplicados diretamente à situação concreta, impõe-se, aí sim, apenas uma *ponderação* entre aqueles princípios, porquanto não há *medida restritiva concreta* passível de ser avaliada com base nos critérios determinativos da proporcionalidade.

Prosseguindo na linha expositiva, cabe enfatizar que, conforme o posicionamento majoritário, nem toda disciplina legal dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como uma restrição ou limitação. Muitas vezes a legislação infraconstitucional se volta unicamente a *detalhar* tais direitos, no propósito de viabilizar o seu exercício, situações que correspondem aos termos *configurar, conformar, completar, regular, densificar* ou *concretizar*, habitualmente empregados para designar este fenômeno. Algo diverso ocorre com as restrições ou limitações de direitos fundamentais, que, como ressaltado, diminuem o alcance de conteúdos *prima facie* conferidos a posições de direitos fundamentais, mediante a imposição de “cargas coativas” (SARLET, 2009, p. 391). Outrossim, a questão tem enorme significado prático: uma norma que não restringe um direito fundamental não necessita ser justificada enquanto restrição a um direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 332).

A *conformação dos direitos fundamentais* assume relevância sobretudo no tocante aos denominados direitos com *âmbito de proteção estrita ou marcadamente normativo*, isto é, aqueles que têm o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico, tais o direito de propriedade (art. 5º., inciso XXII, da CF), o direito de sucessão (art. 5º., inciso XXXI, da CF) e a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º., inciso XXXV, da CF), porquanto é a normação ordinária que acaba por lhes conferir conteúdo e efetividade. Uma vez que essa categoria de direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do *direito regulado*, fala-se, em tal caso, de *regulação* ou *conformação* (*Regelung oder Ausgestaltung*), em lugar de *restrição* (*Beschränkung*). É que as normas legais relativas a esses direitos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições, cumprindo antes indispensável função como *normas de concretização* deles, e não raro derivam de um amplo *poder de conformação* outorgado ao legislador ordinário pela Lei Maior, o qual, porém, não é irrestrito e nem significa livre disposição sobre a matéria. Sustenta-se haver para o legislador, no exercício do mencionado *poder de conformação*, um *dever de preservar* tais direitos fundamentais contra a supressão de suas normas concretizadoras, ao lado de um *dever de legislar*, quer-se dizer, de conferir conteúdo e efetividade a eles, mediante a edição da pertinente normação infraconstitucional (MENDES, 2010a, p. 376-378).

Como o âmbito de proteção da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional é inequivocamente normativo, resta indubitável que as providências legislativas básicas que se desenvolvam têm por propósito imprimir conformação a ela. É evidente que o exercício da garantia pressupõe a existência de órgãos judiciais autônomos e independentes na tarefa de definição de competências e de adoção de procedimentos. Daí se afirmar com frequência o seu caráter de *garantia institucional*, o que não autoriza, porém, concluir que a inafastabilidade do controle jurisdicional depende exclusivamente da atividade legislativa ordinária, ou que qualquer decisão do legislador configura uma concretização sua.¹³⁵ Em muitos casos a lei coloca requisitos de admissibilidade da ação e delineia regras procedimentais elementares. As regras sobre capacidade processual, competência, obrigatoriedade ou não de atuação de advogado, prazos para a propositura de

¹³⁵Sobre o alcance normativo direto do art. 5º., inciso XXXV, da CF/1988, ver *supra*, 3.2.

demanda, efeito vinculante de decisões de outros tribunais e coisa julgada são, em princípio, destinadas a imprimir conformação à garantia. Sob ângulo similar, as fórmulas de preclusão têm sido aceitas como normas básicas de organização e procedimento que impedem a eternização dos processos (MENDES, 2010b, p. 607, 617).

Ademais, valendo-se da fórmula ambígua constante do art. 5º., inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), pode-se asseverar que, a par da incumbência conformadora, o legislador não está impedido de restringir ou limitar o direito à proteção judicial efetiva, especialmente em razão de eventual colisão com outros direitos, bens ou interesses constitucionais.¹³⁶ Entretanto, qualquer que seja a conclusão a respeito do caráter de *mera conformação* ou de *verdadeira limitação*, descabe ao legislador, sob tais pretextos, adotar disciplina que afete, de forma direta ou indireta, o exercício substancial daquele direito (MENDES, 2010b, p. 607-608).

Fixadas as premissas acima elencadas, percebe-se que as condições da ação são exigências estabelecidas por lei que *conformam*, ou no máximo *limitam legitimamente*, nos casos concretos, o *exercício do direito de ação*, e não o *próprio direito de ação*, aprioristicamente.¹³⁷ Elas são justificáveis, nessa ótica, porquanto representam o *resultado de ponderação* levada a efeito pelo legislador, no desempenho da tarefa conformadora ou limitadora que lhe é autorizada pelo inciso XXXV do art. 5º., para concretizar os escopos do sistema processual jurisdicional, que têm sede constitucional, e os compatibilizar com a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, formatando o instituto da ação em consonância com o modelo de Estado plasmado na Carta Magna. Quer-se dizer, na definição das *condições da ação enquanto categoria jurídico-positiva*, transpondo-as portanto *do plano lógico-jurídico para a experiência jurídica concreta*

¹³⁶ Novamente, ver *supra*, 3.2. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou expressamente sobre a questão: “[...] III. Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º., XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende – é um truísmo – de presença dos pressupostos do processo e das condições da ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário. [...]” (STF, 1ª. T., RE 273791/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 15.08.2000, p. DJ 15.09.2000, disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, acesso em: 16 out. 2012).

¹³⁷ A conformação ou limitação do exercício de direito ou garantia fundamental de natureza processual não é exclusividade da ação, bastando pensar nos exemplos do prazo para contestar, que densifica e em certa medida restringe a ampla defesa, e da tutela antecipada ou das liminares em geral, que em um primeiro momento restringem o devido processo legal e o contraditório.

do país, o legislador infraconstitucional precisa *articular e coordenar* os escopos jurídico-técnico, jurídico-políticos e jurídico-sociais, os quais, já se afirmou alhures¹³⁸, têm *natureza principiológica*, conferindo a uns maior destaque e influência do que a outros, norteado sempre pelos pressupostos, fundamentos e corolários do Estado Democrático de Direito. Assim, há, subjacente a cada condição da ação, nos moldes como positivamente estabelecida, uma colisão ou um imbricamento entre aqueles escopos, que se solucionou legalmente.

Para melhor explanar as *dessemelhanças entre os planos lógico-jurídico e jurídico-positivo*, observe-se que uma coisa é delinear a possibilidade jurídica do pedido em termos abstratos, outra diferente é estabelecer, perante o Direito posto, as hipóteses em que ela se faz presente (ou, *contrario sensu*, ausente); uma coisa é conceituar a legitimidade para a causa, outra diversa é fixar normativamente quem ostenta a qualidade para demandar ou ser demandado relativamente a um dado bem ou interesse jurídico, individual ou transindividual; uma coisa é assentar dogmaticamente como critérios para a aferição do interesse de agir a *necessidade da tutela jurisdicional, a adequação do procedimento e a utilidade do provimento*, outra bastante distinta é estatuir mais ou menos rigidamente as situações em que eles podem se considerar preenchidos. Nesse labor de configuração (*conformação* ou *limitação*) normativa do direito de ação, avulta a importância de serem levadas em conta pelo legislador infraconstitucional, na atribuição de *dimensão de peso* a cada escopo do processo, as características do Estado em que inserido. Destarte, por exemplo, um Estado de feição liberal tende a privilegiar o escopo jurídico-político de *concretização do culto e da tutela à liberdade*, ao passo que um Estado de cariz autoritário certamente dará primazia ao escopo jurídico-político de *afirmação do seu poder e da autoridade do seu ordenamento*. Por outro lado, no paradigma do Estado Democrático de Direito tais escopos hão de encontrar o ponto de maior equilíbrio, *conditio sine qua non* para a apropriada proteção do valor-mor da dignidade da pessoa humana, o qual lhe serve de alicerce axiológico. Daí se podem antever as repercussões nas condições da ação, notadamente o menor ou maior número de casos de impossibilidade jurídica, a menor ou maior abertura da legitimação para agir e as menores ou maiores

¹³⁸Ver *supra*, 2.1.

exigências de requisitos prévios para o ingresso em juízo, e, em decorrência disso, no alargamento ou no estreitamento da via de acesso à justiça.

É a partir da explicitação desse sopesamento e da correlação com a compreensão do direito de ação como direito fundamental que as condições da ação têm postos em relevo seu *conteúdo ético* e suas *funções de lídimo filtro de repulsa às demandas manifestamente abusivas e inviáveis* (aspecto negativo) e de *mecanismo de otimização e ampliação do acesso à justiça e da resolução de controvérsias* (aspecto positivo), que certamente lhe conferem significado específico na teoria processual e justificam seu reconhecimento como categoria autônoma, não obstante inserida em uma classe maior concernente ao *juízo de admissibilidade do processo*.

Assentada a percepção mais abrangente que se pretendeu dar às condições da ação, passa-se ao momento culminante deste trabalho, qual seja, a análise do modo como esses influxos operam sobre a legitimidade para agir nos marcos do Estado Democrático de Direito, impondo uma releitura dela adequada à Constituição da República Brasileira de 1988.

4 LEGITIMIDADE PARA AGIR NOS MARCOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL

A legitimidade, explica DONALDO ARMELIN (1987, p. 23), exsurge na Teoria Geral do Direito como *pressuposto de eficácia* do ato jurídico, de caráter *subjetivo-objetivo*, na medida em que resulta de uma *relação entre o sujeito e o objeto do ato*. A *eficácia* constitui esfera diversa da *existência* e da *validade*, as quais, embora possam se imbricar, jamais se superpõem. No sistema processual pátrio, a legitimidade integra a área da *admissibilidade da ação*. Em outros sistemas, como sucede com o Direito alemão, ela se integra ao próprio mérito, ao passo que o *direito de conduzir o processo*, que corresponde à legitimidade extraordinária, é matéria de admissibilidade. Por isso mesmo, sustenta o autor, a topografia da legitimidade no Direito Processual depende de opção do legislador, considerando as coordenadas doutrinárias vigentes.

FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 229), em idêntica linha, esclarece que a doutrina alemã desenvolveu o conceito de *direito de conduzir o processo* (*Prozessführungsrecht*) para tentar resolver as intrincadas questões relacionadas à legitimação¹³⁹ extraordinária. A seu juízo, a expressão é bastante sugestiva e eloquente, pois sintetiza o poder jurídico, que é atribuído ao sujeito, de conduzir determinado processo, e nada impede seja estendida à legitimidade ordinária, desde que se tenha ciência da sua origem e das diversas consequências que, conforme os germânicos, enseja a falta de uma ou de outra espécie de legitimidade.

Hodiernamente, em vista da profunda intercomunicação axiológica entre os âmbitos sociopolítico e jurídico-normativo, tem-se a legitimação como uma ponte de “duas mãos” entre esses diferentes campos da vida humana, uma vez que o sistema jurídico deve guardar profunda fidelidade com os diversos anseios (sociais, políticos, econômicos, éticos, morais etc.) do grupo social ao qual se

¹³⁹ A doutrina costuma salientar que os termos *legitimação* e *legitimidade* podem ser tomados como sinônimos, havendo entre eles singela diferença de perspectiva quanto ao mesmo fenômeno. *Legitimação* expressa a ideia de *poder* conferido para a prática de um ato jurídico, enquanto *legitimidade* transmite a ideia de *qualidade ou aptidão* do sujeito de direito ou do ato praticado (ARMELIN, 1979, p. 11-12; MORAES, 2000, p. 197). Em sentido técnico-processual, legitimação é a atribuição do poder jurídico de conduzir determinado processo, ao passo que legitimidade é a situação jurídica do sujeito diante de determinado processo (DIDIER JR., 2005, p. 231). Há, portanto, apenas mudança de ângulo de visão no relacionamento *sujeito-norma*, privilegiando ora o primeiro (*legitimidade*), ora a última (*legitimação*). Por tais razões, os termos serão utilizados indistintamente, um pelo outro, no decorrer do texto.

destina, a fim de obter a credibilidade necessária para sua existência. Assim, compete inicialmente à sociedade legitimar o próprio sistema normativo, o que se faz pela verificação da adequação do seu conteúdo aos influxos valorativos projetados pela coletividade. Por outras palavras, a legitimação é posta, nesse passo, não como uma atribuição que se origine da lei e se dirija ao povo, mas, ao contrário, como uma atribuição conferida pelo povo ao ordenamento jurídico. Tal angulação “sociopolítica” da legitimação encontra perfeita consonância com nosso mais significativo dispositivo constitucional, o qual preceitua que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (parágrafo único do art. 1º. da Constituição). Despiciendo observar, por óbvio, que entre os representantes ali citados estão os legisladores, cuja função precípua é criar e projetar o sistema legal. Dessa perspectiva “cidadão-ordenamento” ressurre a primeira face da imanência política da legitimação, aspecto que não pode ser descurado em seu exame. Porém, a conotação política da legitimação não se esgota na validade do ordenamento, enquanto fiel aos anseios sociopolíticos da comunidade. Este é somente o seu primeiro momento. Os cientistas já vêm percebendo um outro instante na abordagem política da legitimação, isto é, a legitimação enquanto objetivação do poder promovida pelo legislador no corpo normativo. Vale dizer, se a legitimação, juridicamente, é uma atribuição de poder a alguém para o exercício de um ato jurídico, esse seu segundo instante reside na escolha, pelo legislador, de quem poderá, ou não, praticar o ato (MORAES, 2000, p. 198-200).

Destarte, a legitimação, por um prisma, provém do povo e se dirige a “validar” o ordenamento (legitimação “sociopolítica”) e, por outro, emerge do sistema jurídico posto e confere poderes aos sujeitos de direito para praticarem atos com eficácia jurídica (legitimação “político-normativa”). O segundo instante de “politização” do instituto da legitimação está se firmando como bastante caro ao Direito. Assim, e agora em área completa e reconhecidamente híbrida político-jurídica, o legislador, ao optar por determinado sujeito como o legitimado para um dado ato jurídico, deduz sua opção política, não raras vezes denotadora de preferência até mesmo por um ou outro sistema jurídico. O instituto da legitimação exige do observador, portanto, a consciência de sua natural hibridez genética, porquanto não se trata somente de instrumento jurídico, mas, ainda, de inegável meio de normatização das pretensões juspolíticas do legislador. Entretanto, tal

faceta não desprovê a legitimação de acepção eminentemente técnico-jurídica. E, nesta visada, a legitimação parte do ordenamento positivo e vai atingir o corpo social, conferindo a certas pessoas, em face de certas circunstâncias fáticas, o poder de exercer determinados atos jurídicos (MORAES, 2000, p. 200-201).

Conforme salienta FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 227-228), a todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar ao Judiciário, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica deduzida, que os autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam* ou legitimidade para agir, que, no clássico magistério de ALFREDO BUZAID (1945, p. 110), “é a pertinência subjetiva da ação”, devendo ser verificada nos polos ativo e passivo do processo.

LIEBMAN (1980, p. 128-129) assevera que, a fim de explicar essa dependência de estímulo externo para se colocar em atividade uma função pública, o que certamente é a jurisdição, devem ser respondidas duas questões distintas. Primeiramente, por que não de ofício? E, em segundo lugar, por que mediante demanda da parte? A resposta à primeira pergunta está na importância de se assegurar a imparcialidade do magistrado, pois se ele devesse investigar, nos acontecimentos e nos fatos da sociedade, aqueles que, a seu juízo, fossem casos de inobservância da lei (e prescindindo da dificuldade empírica de individualizar tais casos dentre as inúmeras relações que se formam entre os homens), tal procura poderia lhe anteceder, ainda que inconscientemente, uma convicção que deve ser o resultado de seu exame imparcial no desenvolvimento do processo. Já a resposta ao segundo questionamento está em que, se a ordem jurídica reconhece direitos subjetivos, tanto privados quanto públicos, a satisfação deles, especialmente quando coativa, depende da vontade de seus pretensos titulares, isto é, da sua livre determinação de os fazer valer, e em razão disso lhes é conferido o direito de ação. Por conseguinte, nas hipóteses em que, ao lado do direito do titular, subsiste ainda um interesse público na atuação da lei, é consentido também ao Ministério Público exercer a ação, assim preservando mais uma vez a posição de imparcialidade do julgador. O quadro se completa observando que, porque a repressão às infrações penais é um precípua interesse público, a ação penal em regra é entregue à titularidade do *Parquet*.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (1969, p. 9-10) preleciona que, para todo e qualquer processo, considerado em relação à lide que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal, que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, as quais se costumam chamar *situações legitimantes*. A cada uma das partes, no modelo legal, corresponde, em princípio, uma situação legitimante. Há, assim, necessariamente, uma situação legitimante ativa, que corresponde ao autor, e uma situação legitimante passiva, que corresponde ao réu, além de outras eventuais situações legitimantes, que correspondem aos diversos possíveis intervenientes. Denomina-se *legitimação a coincidência* entre a *situação jurídica de uma pessoa*, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a *situação legitimante prevista na lei* para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertionis* – isto é, independentemente de sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará – coincidem com as respectivas situações legitimantes. Outra maneira de expressar o mesmo fato consistiria em dizer que, no processo, o contraditório se instaurou regularmente. “Processo de contraditório regularmente instaurado” é expressão equivalente a “processo cujas partes são legítimas”.

Para LIEBMAN (1980, p. 138-139), o problema da legitimidade consiste em individuar a *pessoa a quem se refere o interesse de agir* e a *pessoa em cujo confronto ele é referido*, ou, em outros termos, surge da diferença entre a questão da *existência objetiva* do interesse de agir (entendido como a relação de utilidade ocorrente entre a lesão de um direito, tal qual afirmada, e o provimento de tutela jurisdicional que é demandado) e a questão de sua *pertinência subjetiva*. COMOGGIO, FERRI e TARUFFO (2011, p. 281), em orientação similar, sustentam que a legitimidade traduz a exigência de identificar as *justas partes do processo*, permitindo estabelecer *ex ante* a quem respeita, no plano subjetivo, o interesse de agir (e, simetricamente, o interesse em contestar).

Tomando em conta a distinção entre aquele que exercita a ação e aquele em face de quem ela é exercida, ou seja, entre quem atua, ajuizando a demanda e deduzindo pretensão (autor), e quem contradiz, resistindo a ela (réu),

diferenciam-se a *legitimação para atuar* e a *legitimação para contradizer*, ou a *legitimação ativa* e a *legitimação passiva*. Nem sempre quem está legitimado para agir o está também para contradizer (CARNELUTTI, 2004, p. 57).¹⁴⁰

ELIO FAZZALARI (2006, p. 368-370) ensina que a legitimação implica em estabelecer quais são os sujeitos que podem ou devem participar de um determinado processo, isto é, que podem cumprir, nesse concreto processo, a série de atos (e cada um deles) respectivamente pertinente. Nesse sentido, pode-se falar também de “legitimação para o processo”. Segundo o mestre, ademais, a situação legitimante das partes, com base na qual se determina quem pode estar em juízo para dizer e contradizer (autores, réus ou intervenientes), é constituída por dois adendos lógicos: o de que a medida jurisdicional que o requerente postula deva ser efetivada e o de que os sujeitos hipoteticamente destinatários de tal medida – ou seja, independentemente da postulação ser julgada procedente – devam estar diretamente envolvidos.

KAZUO WATANABE (1999, p. 85-93) alude que as condições da ação no Processo Civil, e por conseguinte a legitimidade das partes, deve ser aferida *in statu assertionis*, isto é, a partir do exame da narrativa que o autor traz na petição inicial e, quando muito, dos documentos que a instruem. Assim, se o demandante descreve corretamente uma determinada situação da vida disciplinada pelo ordenamento e considerada relação jurídica, atribui a si e ao demandado a qualidade de titulares dessa relação jurídica e destaca o porquê de necessitar do Poder Judiciário para obter a prestação que ordinariamente lhe seria devida, ter-se-ão completamente preenchidas a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* ativa e passiva e o interesse de agir. Qualquer questionamento mais profundo sobre aquela narrativa já envolveria o mérito.

¹⁴⁰ E a recíproca também é verdadeira, quer-se dizer, quem detém legitimidade para contradizer (passiva) por vezes não a detém para agir (ativa). Traz-se novamente à baila o exemplo do processo penal condenatório, no qual só o Estado e o ofendido podem exercer o direito de ação, ao passo que o suspeito deve sempre figurar na posição de acusado (FERNANDES, 2005, p. 283). Por conseguinte, não há como acolher, em nosso ordenamento jurídico, a proposta de ELIO FAZZALARI (2006, p. 369, 381), segundo quem a legitimação de todos os protagonistas do processo é *sempre ativa*, no sentido de refletir a atribuição de poder para participarem do procedimento que antecede e se conclui com o provimento jurisdicional que incidirá sobre eles. Ademais, é ao *polo passivo da demanda* que se liga inexoravelmente o instituto processual fundamental da *defesa*, consagrado como garantia constitucional (art. 5º, inciso LV), com autonomia relativamente à ação. Com efeito, algumas matérias só podem ser deduzidas em juízo por quem se encontre na posição de réu no processo, valendo mencionar como exemplos a oposição de exceção de incompetência (exceção processual) e a invocação da exceção de contrato não cumprido (exceção substancial). Neste último caso, inclusive, o réu há que ser a *parte legítima*. Logo, há razões jurídico-sistemáticas para se manter a diferenciação entre a legitimidade ativa e a legitimidade passiva.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (2007, p. 280-282), por sua vez, leciona que a legitimidade das partes, tirante os casos em que deriva de uma específica qualidade do sujeito exigida pelo legislador (por exemplo, a condição de eleitor para a propositura de ação popular), deve ser aferida pela análise da relação de direito material, tal como afirmada na peça vestibular, a fim de constatar se o autor e o réu ocupam, na situação legitimante, posições que justificam suas inclusões nos polos ativo e passivo do processo. Ou seja, a *legitimatío* é detectada com base no direito substancial *meramente afirmado* pelo demandante, e *não na sua efetiva existência*. Trata-se da já mencionada *teoria da asserção*.¹⁴¹

FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 229-230) bem resume os principais aspectos da legitimidade *ad causam* apontados pelo posicionamento dominante: a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei (“situação legitimante”, “esquemas abstratos”, “modelo ideal”, nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda; d) trata-se de condição transitiva, relacional, pois se acha ligada a uma determinada situação e se afere em face de dadas pessoas.

Várias são as classificações visualizadas para a legitimidade. Contudo, a mais significativa delas, pelas suas consequências processuais, é a que a divide em *legitimidade direta ou ordinária* e *indireta ou extraordinária*, consistindo em classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso. A primeira categoria implica a possibilidade de produzir efeitos na própria esfera jurídica do agente, enquanto a segunda se caracteriza pela possibilidade de atuar produzindo efeitos diretos em esferas jurídicas de terceiros (ARMELIN, 1987, p. 24; DIDIER JR., 2005, p. 231).¹⁴²

De acordo com o entendimento praticamente unânime da doutrina brasileira, a legitimidade *ad causam* ordinária é a condição da ação que maior

¹⁴¹ Ver *supra*, 3.3. Para críticas à teoria da asserção, ver *infra*, 4.2.

¹⁴² O complexo de relações jurídicas que tornam alguém titular de algo, com um próprio e determinado objeto, sugere a imagem de uma esfera, em cujo centro está um sujeito, a quem convergem as várias relações. Mais especificamente, entende-se por esfera jurídica o conjunto de todas as relações jurídicas, pessoais ou econômicas, de que uma pessoa é titular. Isolando-se nesta esfera as relações de caráter econômico, isto é, aquelas que têm por objeto coisas ou bens imateriais, identifica-se uma esfera menor, designada de patrimônio (FONTES, 2002, p. 115).

vínculo possui com o conflito de interesses levado à apreciação do Poder Judiciário, devendo ser aferida em função de dados extraídos da situação controvertida deduzida (*res in judicium deducta*): partes legítimas são os sujeitos da relação jurídica hipotética submetida a julgamento. A noção de legitimidade é, pois, relacional ou transitiva, e supõe a de capacidade¹⁴³, mostrando-se como um liame que se estabelece entre um sujeito, um objeto (a relação jurídica) e um outro sujeito (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 235; WAMBIER, 2007, p. 57). A legitimidade para agir, então, é bilateral, pois o autor está legitimado a propor ação em face daquele específico réu, e não de outro (DIDIER JR., 2005, p. 229).

FRANCESCO CARNELUTTI (2004, p. 56-57) assevera não serem necessárias muitas reflexões para compreender que quem se encontra em melhor condição para exercitar a ação é o próprio titular do interesse em litígio, posto que ninguém melhor do que ele pode se sentir estimulado a servir de *medium* entre os fatos e quem os tiver que julgar. É intuitivo que, enquanto o desinteresse é requisito necessário para decidir, o interesse é requisito excelente para demandar. Portanto, afigura-se justo dizer que o interesse interno (interesse em conflito) estimula a satisfação do interesse externo (interesse na composição do conflito). O interesse em conflito, assim, é utilizado como propulsor do processo: tão útil quanto é a ação do interessado, tão inútil ou até perigosa seria a ação de um estranho ao litígio. Porém, uma rápida observação dos fenômenos processuais mostra que tal interferência não avança até o ponto de se converter em coincidência: diversas vezes se vê atuar em juízo quem não é titular do interesse em litígio. Há casos em que a *ação do interessado não é oportuna*, e outros em que a *ação de outro é oportuna em lugar ou em apoio da ação do primeiro*. A legitimidade expressa, destarte, a *idoneidade de uma pessoa para atuar no processo, devida à sua posição e, mais exatamente, a seu interesse ou a seu ofício*.

¹⁴³ *Capacidade de direito* é a aptidão de um sujeito de direito para adquirir direitos ou contrair obrigações, tratando-se de atributo da personalidade, ao passo que *capacidade de exercício ou de fato* é a aptidão desse sujeito para exercer pessoalmente os atos da vida jurídica (MONTORO, 1997, p. 492). Trasladas para o âmbito processual, tais categorias coincidem respectivamente com as noções de *capacidade de ser parte ou personalidade judiciária* e de *capacidade processual*, embora estas também possam ser conferidas a entes despersonalizados (por exemplo, o condomínio, a sociedade de fato, a massa falida) (DIDIER JR., 2005, p. 111-112, 134-135). A capacidade difere da legitimação porque concerne à *validade do ato jurídico*, sendo de incidência genérica e ligada às qualidades naturais e intrínsecas do sujeito. Trata-se de noção estática ou intransitiva, isto é, desvinculada do objeto do ato (MORAES, 2000, p. 206-209).

FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 232) leciona que se dá a legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado, coincidindo as figuras das partes com a relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada na petição inicial. Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. Por outro lado, tem-se a legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas deduzidas em juízo. Legitimado extraordinário é aquele que defende, em nome próprio, interesse de outro sujeito de direito (art. 6º. do Código de Processo Civil). É possível que, nestes casos, o objeto litigioso *também* lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito *também* seu) e extraordinário (defende direito *também* de outro). É o que acontece, por exemplo, com os condôminos, na ação reivindicatória do bem (art. 1.314 do Código Civil de 2002). Enfim, na legitimação extraordinária se confere a um sujeito o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular, ou do qual não é titular exclusivo.

BARBOSA MOREIRA (1969, p. 10-11) ensina que, em certo número de casos, a legitimação extraordinária confere ao respectivo titular a possibilidade de atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada, e em posição análoga à que esta caberia se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante. Pode-se falar, em tais hipóteses, em *legitimação extraordinária autônoma*. Nelas, o contraditório se tem como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário. Em outros casos, apenas o titular da própria situação jurídica objeto do juízo pode ajuizar o pedido, ou só contra ele pode se dirigir a demanda. A presença do legitimado ordinário é, assim, indispensável à regularidade do contraditório. Entretanto, uma vez instaurado o processo, reconhece-se aos titulares de situações jurídicas diversas a possibilidade de participarem dele, assumindo posições acessórias, ao lado do autor ou do réu. Este tipo de legitimação extraordinária, chamada *subordinada*, tem eficácia menos ampla que a anterior: não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, *junto com o legitimado ordinário*, em processo já instaurado por este ou em face deste.

O primeiro grupo, ainda de acordo com BARBOSA MOREIRA (1969, p. 11-12), comporta subdivisões. A *legitimação extraordinária autônoma* será *exclusiva* quando a lei, atribuindo a uma pessoa legitimação extraordinária para atuar em juízo, com referência a determinada situação jurídica de que ela não é titular, reserva-lhe com exclusividade a posição processual que ordinariamente pertenceria ao titular da situação litigiosa. Por outro lado, a *legitimação extraordinária autônoma* será *concorrente* quando não cancelar a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa, podendo o contraditório ser regularmente integrado pelo legitimado ordinário, pelo extraordinário ou por ambos. A *legitimação extraordinária autônoma concorrente*, por sua vez, poderá ser *primária*, quando ao legitimado extraordinário for lícito deflagrar o processo desde logo, sem necessidade de aguardar, durante certo tempo, a iniciativa do legitimado ordinário, ou *subsidiária*, quando precisar fazê-lo. Outrossim, a rigor, adverte o mestre, o fenômeno denominado *substituição processual* é espécie do gênero legitimidade extraordinária e existe quando ocorre efetiva substituição do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou nas hipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não vem a participar do processo como litisconsorte.

Todavia, no magistério de FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 249-250), são habitualmente tomadas como sinônimas as designações *substituição processual* e *legitimação extraordinária* e, anotado o apuro técnico da distinção acima feita, não se veem maiores inconvenientes em as empregar com o mesmo significado.

PIERO CALAMANDREI (2003, v. 2, p. 304) atribui a GIUSEPPE CHIOVENDA a origem da denominação *substituição processual*, asseverando que este jurista veio a estudá-la quando o antigo Código de Processo Civil italiano sequer a havia disciplinado expressamente. CALAMANDREI frisa se tratar de instituto excepcional, cuja característica posta em evidência está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido (“direito alheio”), que é o *substituído*, e a pessoa que está legitimada para fazê-lo valer no processo em nome próprio, que é o *substituto*. Ademais, basta ter presente tal contraposição para captar imediatamente a diferença mais evidente entre representação e substituição: enquanto o representante faz valer em juízo um *direito alheio em nome alheio* (ou seja, um direito do representado em nome do representado), o substituto faz valer em juízo um *direito alheio em nome próprio* (ou seja, um direito do substituído, em nome do

substituto); isto significa que, enquanto na representação a parte no processo é o representado, e não o representante, na substituição a parte é o substituto, não o substituído.

Para CARNELUTTI (2004, p. 72-73), a autorização a que alguém possa fazer valer em juízo o direito de outro, a quem a lei reconhece também plena capacidade, é algo que, se bem que possa oferecer vantagens, tem assim mesmo seus riscos, que cabe resumir observando que deste modo se debilita o direito subjetivo, posto que sua característica consiste na dependência da vontade do titular do interesse para a realização de sua tutela. Compreende-se, por isso, que a substituição não seja e não deva ser reconhecida por meio de uma norma geral, exceto, pelo contrário, em cada caso, quando o interesse em obter a tutela judicial do direito alheio seja digno de especial atenção, o que pode acontecer quer pela natureza de um dos interesses, quer pela natureza do outro.

Destaca CHIOVENDA (1998, v. 2, p. 302, 307) que a permissão legal ao substituto processual para comparecer em juízo pelo direito alheio decorre de uma relação em que aquele se encontra com o titular desse direito. Esta relação constitui o *interesse* como condição da substituição processual, que não se confunde com o interesse como condição da ação. A atividade que o substituto exerce tem necessariamente influência e eficácia relativamente ao sujeito de direito pelo qual ele litiga, pois seria absurdo que a lei permitisse a alguém alegar em juízo direitos alheios e, ao mesmo tempo, não reconhecesse à sua atividade plena eficácia com referência aos direitos alegados. Outrossim, a substituição processual não é necessariamente extensiva a todo o processo. Pode suceder que o sujeito da relação substancial venha a se converter em sujeito do processo no curso deste e vice-versa, isto é, que a substituição sobrevenha depois de iniciado o feito.

FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 253-261) sintetiza as principais características da legitimação extraordinária:

a) A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional, e somente pode ser conferida por lei (art. 6º. do CPC), não se admitindo a substituição processual convencional. Ademais, sustenta-se a possibilidade de atribuição de legitimação extraordinária sem previsão legal expressa, desde que se consiga identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema.

b) O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, ficando submetido, em razão disso, ao regime jurídico desse sujeito processual. Atua em nome próprio, defendendo direito alheio. Há incoincidência, portanto, entre as partes da demanda e as partes do litígio. Logo, é em relação ao substituto que se examina o preenchimento dos pressupostos processuais subjetivos. A imparcialidade do magistrado, porém, deve ser averiguada em relação ao substituto e ao substituído.

c) A substituição processual pode ocorrer tanto no polo passivo quanto no polo ativo da demanda, muito embora as preocupações da doutrina se tenham concentrado na legitimação extraordinária ativa. A legitimação extraordinária passiva é assunto de grande relevância prática, por exemplo: I) no exame da admissibilidade da reconvenção proposta por réu em demanda ajuizada por substituto processual (será admissível a reconvenção se o substituto-autor também ostentar legitimidade extraordinária passiva); II) na solução do intrincado problema da legitimidade do substituto processual passivo para alegar exceções substanciais; III) no aprimoramento do tema das “ações coletivas passivas” (*defendant class actions*), que são aquelas em que o titular da situação jurídica material coletiva se encontra no polo passivo do processo; IV) na aplicação do instituto trazido no art. 1.228, §§ 4º. e 5º., do Código Civil, chamado de “desapropriação judicial”; V) na solução do litisconsórcio multitudinário passivo, que usualmente ocorre em demandas possessórias.

d) Salvo disposição legal em sentido contrário, a coisa julgada porventura formada em processo conduzido por legitimado extraordinário estenderá seus efeitos ao substituído, excepcionando-se assim a regra do art. 472 do CPC.

e) O substituto processual também pode ser sujeito passivo de sanções processuais, como a punição pela litigância de má-fé (art. 18 do CPC), e de medidas coercitivas, como a multa diária (art. 461 do CPC).

f) Quanto aos poderes processuais, o substituto processual tem, ordinariamente, apenas aqueles relacionados à gestão do processo, não lhe sendo conferidos poderes de disposição do direito material discutido.

g) Por fim, cabe a referência a uma breve sistematização das hipóteses de legitimação extraordinária. Muito se discute sobre as razões, que são inúmeras, que levam à adoção do instituto. Uma observação preliminar, porém, impõe-se: a legitimação extraordinária deve respeitar a cláusula do devido processo

legal substancial. Não se a pode atribuir sem que haja critérios que justifiquem esse poder jurídico excepcional. É possível, portanto, o controle judicial da legitimação extraordinária, como forma de fazer valer o direito fundamental a um processo devido. Feita essa advertência, são essencialmente cinco as situações em que se autoriza a postulação de direito alheio em nome próprio: I) casos de legitimidade extraordinária outorgada em razão da predominância do interesse público sobre o particular; II) legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses, em que coexistem legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária; III) legitimidade extraordinária atribuída em função do vínculo que o legitimado extraordinário e o legitimado ordinário mantêm entre si, em relação ao direito questionado, geralmente em razão da sucessão; IV) a outorga de legitimidade extraordinária decorre de uma situação jurídica que o legitimado ocupa, que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios; V) atribui-se legitimação extraordinária também como forma de proteção dos interesses do próprio substituto, diante da inércia do substituído.

Cabe enfatizar que na defesa do interesse público a legitimação concedida pela lei é sempre *ordinária*, pois não se pode substituir processualmente a sociedade, titular de direito difuso ou coletivo. São exemplos desse tipo de legitimação: a) a do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública destinada à proteção de interesses transindividuais (art. 5º, inciso I, da Lei da Ação Civil Pública); b) a do Ministério Público para o ajuizamento de demandas objetivando a suspensão ou destituição do poder familiar e a remoção de tutor, guardião ou curador na seara da infância e da juventude (art. 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente), c) a do loteador ou de vizinhos para pleitear judicialmente o impedimento de construção em desacordo com a lei ou com o contrato (art. 45 da Lei n. 6.766/1979); d) a do cidadão para propor ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da CF/1988 e art. 1º. da Lei da Ação Popular) (NERY JR.; NERY, 1999, p. 389).

Saliente-se que, como instituto jurídico e fundado em sua teleologia, há identidade essencial do conceito de ação nas vertentes do Direito Processual, diferindo apenas no que toca ao conteúdo por ela viabilizado, ou seja, a pretensão deduzida em juízo.¹⁴⁴ Assim, no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (1965, p.

¹⁴⁴ Conquanto na atualidade ainda inexista unanimidade de entendimento no que tange ao conteúdo ou objeto do processo penal condenatório, é certo que o conceito *carnelettiano* de *lide* tem

321), a ação penal “é o direito instrumental relacionado com uma pretensão de Direito Penal; a ação civil, o mesmo direito, relacionado com uma pretensão de direito extrapenal”. Aceitas tais premissas, infere-se que o regular exercício da ação penal, da mesma forma que o da ação civil, encontra-se sujeito a uma sorte de requisitos, analisados anteriormente, conhecidos como *condições da ação*, e dentre os quais sobressai a legitimidade das partes.

A questão da legitimidade para agir assume lugar de relevo no tocante ao processo penal condenatório, uma vez que a separação das funções de acusar, defender e julgar consiste em indeclinável exigência do *sistema acusatório*, que impede o magistrado de, *ex officio*, instaurar o processo penal em vista da ciência de suposta perpetração de conduta penalmente ilícita (BADARÓ, 2000, p. 20; PRADO, 2006, p. 102-107).¹⁴⁵ Com efeito, mostra-se imprescindível para a provocação da atuação estatal *sub specie jurisdictionis* em matéria criminal o exercício do direito de ação penal por algum legitimado (JARDIM, 2001, p. 26).¹⁴⁶

A Constituição Federal de 1988, ao delimitar a esfera de atribuições da República Federativa do Brasil que então surgia, distribuiu-as, de forma ordenada, a diversos órgãos. Cuida-se de divisões internas que a compõem intrinsecamente, e cujo escopo é otimizar o desempenho de suas múltiplas funções.

sido notoriamente alijado de seu cerne. Com efeito, a doutrina mais recente se mostra refratária à transposição do *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita* para o processo penal, ao menos para o de cunho condenatório, seja por sua completa *inadequação* ou *inaplicabilidade* neste ramo jurídico (COUTINHO, 1989, p. 129-142; BADARÓ, 2000, p. 91-109; LOPES JR., 2009, p. 85-86), seja por sua *irrelevância* ou por seu *caráter meramente contingente* (FERNANDES, 2002, p. 44; TUCCI, 2002, p. 32-37; JARDIM, 2005, p. 160-161). Prefere-se conceber como conteúdo ou objeto da persecução criminal em juízo a *pretensão*, atribuindo-lhe, em regra, *feição processual*, não obstante matizada por dados fáticos ou extraídos do direito material.

¹⁴⁵ A tripartição formal-funcional acima referida é tida como *insuficiente* por parcela da doutrina que vê na *gestão da prova* o ponto fulcral da caracterização de um sistema processual como *inquisitório* ou *acusatório*. Destarte, se a atividade de gestão (iniciativa, proposição e produção) probatória for informada por ampla disponibilidade (princípio dispositivo) e constituir por isso ônus das partes, estar-se-á diante de um verdadeiro *sistema acusatório*. Do contrário, se houver a atribuição de poderes instrutórios ao juiz para averiguar ao seu talante os fatos noticiados no processo, ter-se-á um *sistema inquisitório*. O principal problema da gestão da prova entregue ao magistrado, nessa ótica, está nos *quadros mentais paranoicos* e no *primado da hipótese sobre o fato* que podem contaminá-lo, comprometendo a sua necessária posição de imparcialidade e de equidistância das partes, conforme explanam JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (2001, p. 14-42) e AURY LOPES JR. (2009, p. 68-83), com base na lição do processualista penal italiano FRANCO CORDERO. Logo, haveria que se distinguir entre o *sistema formalmente acusatório* e o *sistema materialmente ou puramente acusatório*. No primeiro, conquanto divididas as atividades acusatória, defensiva e judicante entre os sujeitos processuais, não se retiraria do julgador a gestão da prova, ao passo que no último tal esquema se apresentaria inviável.

¹⁴⁶ EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2006, p. 85) aduz que, à exceção do *habeas corpus* e da revisão criminal, o Processo Penal brasileiro impõe, como regra, a exigência de que somente determinadas pessoas possam promover a ação penal. Impõe, pois, a exigência de *legitimidade ativa* para a promoção e o desenvolvimento de atividade persecutória.

Eis que a Lei Maior, em seu art. 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público, instituição independente, incumbida de velar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, a titularidade privativa da ação penal pública (*rectius*: de iniciativa pública). A ele cabe deduzir a pretensão acusatória em juízo. Afirma-se que a legitimação do *Parquet* é ordinária, porquanto o Estado, do qual é parte indistinta, busca em juízo, por seu intermédio, a satisfação de interesse próprio (JARDIM, 2001, p. 25; OLIVEIRA, 2006, p. 87; TOURINHO FILHO, 1997, p. 481-482; TUCCI, 2002, p. 96). É ainda genérica, para a imensa maioria das infrações penais tipificadas em nossa legislação, seja a sua iniciativa condicionada a alguma manifestação de vontade (representação da vítima ou de quem lhe faça as vezes ou requisição do Ministro da Justiça) ou não (art. 100, *caput* e § 1º., do Código Penal).

Quanto a certas infrações, mormente em vista de razões político-criminais, a legitimidade para a persecução em juízo é concedida ao ofendido ou a quem o represente (art. 100, § 2º., do CP, art. 30 do CPP e Súmula n. 594 do Supremo Tribunal Federal). Tem-se aí a ação penal de iniciativa privada, que se costuma apontar como caso de legitimação extraordinária autônoma exclusiva, ou substituição processual, pois o querelante buscaria a tutela de interesse alheio (o poder-dever estatal de punir) em nome próprio (MACHADO, 2009, p. 113; MARQUES, 1965, p. 320; TOURINHO FILHO, 1997, p. 482; TUCCI, 2002, p. 96). O Estado abdica apenas do *jus accusationis*, isto é, da instauração e condução do processo, deixando-o à conveniência e oportunidade do particular imediatamente afetado pelo ilícito penal. Por constituir exceção à regra geral, deve ser expressamente prevista em lei (art. 100, *caput*, do CP). Costuma ser indicada pela locução “somente se procede mediante queixa”, ou regra de semelhante teor, após o tipo penal a que se refere.

Morto o ofendido, ou declarado ausente por decisão judicial, suceder-lhe-ão na faculdade de ajuizar a ação, ou de prosseguir no feito, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nos moldes do art. 100, § 4º., do CP e do art. 31 do CPP, rol esse que ostenta caráter preferencial e sucessivo, isto é, apenas se faltarem os mais próximos assumirá a posição de querelante o mais distante.

O art. 5º., inciso LIX, da Constituição Federal estatui que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. O art. 100, § 3º., do Código Penal e o art. 29 do Código de Processo

Penal complementam a regra, dispondo caber ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. É a denominada ação penal privada subsidiária, que só tem lugar na hipótese de inércia do *Parquet*. Significa que, se no prazo que lhe é assinalado por lei, contado a partir do recebimento de inquérito policial ou de qualquer peça de informação, aquele não se manifestar, propondo a demanda ou promovendo o arquivamento dos elementos indiciários, surgirá para o ofendido, ou seu representante, a oportunidade de deduzir a pretensão acusatória (art. 100, § 2º., do CP e art. 30 do CPP). Outrossim, o art. 80 do Código de Defesa do Consumidor preceitua que, no processo penal atinente aos crimes previstos no diploma, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, é facultado aos legitimados elencados no seu art. 83, incisos III e IV, promover a ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.¹⁴⁷

A “pertinência subjetiva da ação” há que ser verificada em ambos os extremos do processo. Não só o autor, de quem se tratou até o momento, mas também o réu deve possuir a *legitimatío ad causam*.

A legitimidade do réu, no processo penal condenatório, decorre da condição jurídica de imputado e é aferida, em princípio, mediante indícios. A simples aparência ou plausibilidade de ter o suspeito cometido a infração apurada ou dela participado já lhe confere a possibilidade de ser acusado, pois o torna suscetível, em tese, de receber as respectivas consequências penais. Argumenta ADA PELLEGRINI GRINOVER (2007, p. 199), com acerto, que seriam casos de ilegitimidade passiva o da denúncia equivocadamente oferecida não em face do indiciado, mas sim de terceiro que não teve participação na infração penal, ou o de suspeito que se identifica mediante cédula de identidade que não é sua (perdida ou furtada), vindo a fazer com que a acusação se dirija a pessoa não ligada ao fato punível, portanto parte ilegítima para figurar no processo criminal.

¹⁴⁷ O dispositivo é aplicável a quaisquer infrações penais referentes a relações de consumo, tenham ou não vítima individualizada. Ademais, existindo um sujeito passivo concreto, a legitimidade para o oferecimento de queixa subsidiária será concorrente entre ele ou seu representante, conforme as regras gerais do art. 100, § 2º., do CP e do art. 30 do CPP, e os entes indicados no art. 83, incisos III e IV. Sobre a inconstitucionalidade parcial do art. 80, no ponto em que faz remissão ao inciso III do art. 83, ver *infra*, 4.2.

Ausente a legitimação de qualquer das partes, ocorrerá o fenômeno da carência de ação, no sentido técnico-processual. Entretanto, no processo penal condenatório, as consequências práticas dependerão do momento procedimental em que for verificada. Ensejará a rejeição da denúncia ou da queixa, lastreada no art. 395, inciso II, do CPP, se reconhecida logo após o seu oferecimento. Não obstará, contudo, novo exercício da ação penal, desde que satisfeita a condição.

Detectada depois do recebimento da exordial acusatória a ilegitimidade ativa ou passiva, em virtude de ter sido arguida por meio de exceção processual ou conhecida de ofício (o que em verdade lhe confere a natureza de *objeção processual*), tal qual preconizam os artigos 95, inciso IV, e 110, *caput*, combinado com o art. 109, todos do CPP, ocasionará a decretação de nulidade absoluta do feito, desde seu início, com fundamento no art. 564, inciso II, do mesmo diploma legal, e em seguida a correta rejeição da peça vestibular. A ilegitimidade passiva, se manifesta, por se ter comprovado erro quanto à identidade física do acusado ou por carecer de base indiciária mínima, também dará azo à utilização do *habeas corpus* para o “trancamento” do processo por falta de justa causa para a ação penal, em sentido lato, na forma do art. 648, inciso I, combinado com o art. 395, inciso II (comprovado erro quanto à identidade física) ou III (carência de base indiciária mínima), do Estatuto Instrumental.

Frisadas as noções fundamentais acerca da legitimidade *ad causam* nos Processos Civil e Penal e a dicotomia legitimação ordinária – legitimação extraordinária, impende seguir à análise da legitimidade nas chamadas *ações coletivas*.

4.1 Ações coletivas e legitimidade ad causam

A sociedade moderna se caracteriza por uma profunda alteração no quadro dos direitos e na sua forma de atuação. De um lado, verifica-se a modificação substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos completamente renovados, e, de outro, a ampliação do próprio rol dos direitos, reconhecendo-se uma série de novos deles, tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada. Estes últimos costumam ser tratados como *direitos de terceira geração*, os quais são ditos de solidariedade e marcados por sua “transindividualidade”, pertencendo não mais

apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda a coletividade. O surgimento dessa nova categoria de direitos – assim como o novo perfil atribuído a direitos antigos determinou em outra frente – exigiu a adaptação do Direito Processual Civil aos “novos conflitos”, para que então pudesse oferecer respostas adequadas às necessidades advindas da sociedade contemporânea (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 749).

O estudo dos interesses supraindividuais surgiu e floresceu na Itália, na década de 1970. DENTI, CAPPELLETTI, PROTO PISANI, VIGORITI e TROCKER anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público e o próprio sentido da jurisdição, da ação e do processo. Em pouco tempo, tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado. O primeiro, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. O último, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados. Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias ou classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio ambiente equilibrado, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da Previdência Social e de todos aqueles que integram uma comunidade, compartilhando suas necessidades e seus anseios (GRINOVER, 2000, p. 9).

A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado, ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os interesses pertinentes a toda uma coletividade e a cada um dos membros dela pudessem ser havidos por juridicamente passíveis de proteção. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica. A distinção doutrinária que veio sendo feita entre *interesses simples* e *interesses legítimos* permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como *mero interesse* na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de proteção jurídica e jurisdicional. Agora, é a própria Constituição Federal que, seguindo a evolução da doutrina e da jurisprudência, usa os termos “interesses” (art. 5º., inciso LXX, alínea *b*) e “direitos e interesses coletivos” (art. 129, inciso III) como categorias amparadas pelo Direito. Essa evolução é reforçada, no plano doutrinário, pela tendência bastante acentuada de se interpretarem as disposições constitucionais, na medida do possível, como atributivas de direitos, e não como singelas metas programáticas ou enunciações de intenções. E, no plano legislativo, com a edição de leis ordinárias que procuram amparar tanto os *interesses* como os *direitos*, como a que disciplina a ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), está definitivamente consolidada a evolução (WATANABE, 2001, p. 740).

Com efeito, a concepção tradicional de *relação jurídica* enfoca o Direito como uma forma de proteger direitos subjetivos individuais, tendo sido o supedâneo para o desenvolvimento de todo o Direito Processual Civil moderno. Essa circunstância tem levado a inúmeros problemas relativamente às ações coletivas, pois, quando se trata de tutela jurisdicional coletiva, aquela concepção é absolutamente inadequada para enfrentar as questões existentes, o que induz, conseqüentemente, a inadequação dos conceitos e institutos processuais tradicionais para solucionar os litígios de índole coletiva. Com a sociedade de massa, é necessária outra perspectiva para encarar as situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer normas que protejam os direitos subjetivos de pessoas individualizadas, mas sim que preservem certos bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidos deveres jurídicos de respeito a esses bens ou valores e conferindo a entes da sociedade o poder de acionar a jurisdição para fazer cumprir tais deveres.

Nessa ótica, não se têm em vista os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas, embora ela não os exclua. Ao contrário, as duas perspectivas convivem, como dois mecanismos que se dedicam a um mesmo fenômeno, porém tentando controlá-lo com ferramentas diferentes e de eficácia diversa. Uma visa a proteger os direitos subjetivos, tutelando-os individualmente; a outra objetiva preservar interesses do grupo social mediante a imposição de deveres jurídicos gerais de abstenção de condutas que violem tais interesses. Esta última encara a situação jurídica de forma objetiva e coletiva (BELINETTI, 2000, p. 125-126).

Além da necessidade de um modelo processual civil apto a dar conta desses direitos transindividuais, percebeu-se que ele também deveria se voltar aos direitos que podem ser lesados em face dos conflitos próprios à sociedade de massa. A sociedade moderna abre oportunidade a situações em que certas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas antes ignorados nas demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea, visto que, se ela é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado “processo civil coletivo” para tutelar tais controvérsias emergentes (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 749-750).

Esse “processo”, embora fundamental, é bastante complexo. Em primeiro lugar porque, tratando-se de direitos transindividuais, a legitimação para a causa, tradicionalmente fundada na “titularidade” do direito invocado, deve ser pensada de forma diversa, uma vez que, como é óbvio, não é possível dizer que uma pessoa determinada é “titular” do direito à higidez do meio ambiente (por exemplo), o que também exige outra maneira de se compreender a coisa julgada material, pois a eventual sentença de tutela desses direitos certamente beneficiará a coletividade, e não mais ficará limitada, como acontece em demandas individuais, aos “titulares” do direito em litígio. De se observar ainda que, no caso de lesões em massa, o prejuízo patrimonial sofrido por cada um dos indivíduos da coletividade é via de regra pequeno, podendo não justificar, em certa conjuntura (tempo, despesas com advogado e custas processuais), a busca pelo Poder Judiciário. Contudo, esses fatores, embora graves, não podiam impedir a configuração de um efetivo “processo

civil coletivo”. Assim, era imprescindível que se concebessem mecanismos adequados de proteção das situações de direito substancial inerentes à sociedade contemporânea, sob pena de se eliminar do sistema a própria categoria dos “novos direitos” (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 750).

Foi nesse contexto que se delinearão as chamadas *ações coletivas*, com base nas *class actions* surgidas na Inglaterra medieval (em especial, a *Bill of Peace*) e desenvolvidas no Direito norteamericano do século XIX. Trata-se de instrumentos especificamente destinados à proteção dos direitos transindividuais, bem como dos direitos individuais que podem ser lesados em massa, contando com várias características peculiares, que os fazem radicalmente distintos dos atinentes à tutela individual (e de toda a filosofia que a inspira). É preciso, por conseguinte, para bem operar com as ações coletivas, despir-se de velhos preconceitos (ou “pré-conceitos”), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à tutela individual para solucionar questões respeitantes à tutela coletiva. Os institutos que presidem a primeira, ao menos em sua grande maioria, são incompatíveis e inaplicáveis à última, simplesmente porque concebidos para operarem em outro ambiente (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 751).

Conquanto de forma tímida, a ação popular, regida pela Lei n. 4.717/1965, foi o primeiro instrumento moderno para a tutela jurisdicional dos interesses difusos no ordenamento jurídico brasileiro. Sua abrangência foi alargada pelo art. 5º., inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, diante da inclusão do meio ambiente como direito tutelável por essa via, bem como ficou explícita a possibilidade de defesa da moralidade pública também por meio dela. Para promover a ação popular somente está legitimado o cidadão, isto é, o eleitor que se encontra no gozo dos direitos políticos, com plena capacidade política ativa (NERY JR.; NERY, 1999, p. 1504).

Contornando as insuficiências da ação popular, sobreveio em 1985 a Lei n. 7.347, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, que inicialmente regulava apenas as demandas tendentes à tutela do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mas que atualmente, em face de alterações introduzidas em seu art. 1º., pode ser utilizada para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive por infração à

ordem econômica.¹⁴⁸ A esse diploma legal se agregou o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), passando a formarem um sistema integrado. Isto porque o CDC, em seu art. 90, determina a aplicação, às ações ajuizadas com base nele, das regras insculpidas na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Processo Civil, naquilo que forem compatíveis, ao passo que, por outro lado, o art. 21 da LACP estatui serem aplicáveis, às ações por esta disciplinadas, as disposições processuais existentes no CDC. O sistema de proteção dos direitos transindividuais é complementado por leis esparsas, relativas a situações específicas, como a Lei do Abuso do Poder Econômico (Lei n. 8.884/1994, artigos 29 e seguintes) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990, artigos 208 e seguintes), dentre muitos outros textos normativos (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 752-753).

O Código de Defesa do Consumidor procurou disciplinar mais pormenorizadamente as demandas coletivas, por vários motivos. Primeiramente, em vista da história e da experiência mais recentes de nosso Direito no campo delas, tal qual ressaltado acima. O legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais neles envolvidos, e não apenas de resolução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, por intermédio de demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, tende a evitar a sua banalização, que decorre da fragmentação, e a conferir peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos (WATANABE, 2001, p. 729).

A sistemática brasileira de processos coletivos está integralmente assentada sobre uma distinção estrutural entre direitos designados por difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essas categorias servem de base para toda a disciplina processual das ações coletivas, condicionando diretamente o regime da legitimidade para agir e a abrangência da coisa julgada (SALLES, 2009, p. 803).

¹⁴⁸ O parágrafo único do art. 1º. da Lei n. 7.347/1985, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, exclui o cabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, ver *infra*, 4.2.

A tutela coletiva, destarte, abarca dois tipos de interesses ou direitos: a) os *essencialmente coletivos (lato sensu)*, que são os *difusos*, definidos no inciso I do parágrafo único do art. 81, e os *coletivos* propriamente ditos, descritos no inciso II do parágrafo único do art. 81; b) os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os *individuais homogêneos*, definidos no inciso III do parágrafo único do art. 81. O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, pudessem impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores. Outrossim, os termos *interesses* e *direitos* foram tomados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo Direito, os interesses assumem o mesmo *status* de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles (WATANABE, 2001, p. 739).

Na conceituação dos interesses ou direitos *difusos*, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo. Os interesses ou direitos *coletivos* foram conceituados como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inciso II). Tal relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas, e não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça. O inciso III do parágrafo único do art. 81 conceitua os interesses ou direitos *individuais homogêneos* como os decorrentes de *origem comum*, permitindo a tutela deles a título coletivo. A *homogeneidade* e a *origem comum* são, portanto, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais (WATANABE, 2001, p. 741, 742-743, 745).

Os interesses difusos podem ser empiricamente entendidos como relações de utilidade, concernentes a bens ou situações, que não têm titulares individualizados pela lei (como acontece, ao invés, pelo interesse que constitui o substrato do direito subjetivo, de onde vem a sua célebre definição por IHERING como “interesse juridicamente protegido”), mas resguardam a coletividade em geral ou parcela dela. Se a lei cria ou reconhece um *centro de referência* de um desses interesses difusos, isto é, um *ente exponencial* ao qual ligá-lo como titular, não há

problemas: o interesse é transindividual como matriz prática, mas, sob plano jurídico, já é “individualizado”, e aquele ente o poderá certamente defender pelas vias judiciais. Quanto à *construção substancial* de um interesse difuso, isto é, quanto ao seu reconhecimento no plano do direito material, o esforço do intérprete deve se endereçar à procura da sua consagração como posição juridicamente protegida. Tal busca envolve, no mínimo, valores e princípios constitucionais e pode assim ter sucesso. Se, e na medida em que, essa busca não atinge um resultado concreto diante do ordenamento jurídico, a exigência social que está no fundo de um interesse difuso (que, antes, se identifica com ele) deve esperar a intervenção do legislador que sancione, isto é, discipline, a sua relevância (FAZZALARI, 2006, p. 342-343, 345).

No tocante aos interesses coletivos, a característica que os diferencia dos difusos é a possibilidade de determinação dos membros integrantes do grupo, permanecendo a natureza indivisível do objeto, a conflituosidade interna, a versatilidade no espaço e no tempo e a indisponibilidade do objeto comum a ambas espécies, devendo-se registrar que, tal qual nos interesses difusos, não se materializam em uma titularidade única e concreta, à medida que são próprios de grupo de membros da comunidade. A possibilidade de determinação adrede mencionada decorre da existência de uma relação jurídica base unindo os componentes do grupo entre si ou com a parte adversária, provocando uma aderência jurígena, ou seja, há um vínculo organizativo que os atrai. Através dessa agregação ou coesão é viável afirmar que eles estão mais fortalecidos, porém é bom frisar que a união dos interessados foi perfectibilizada *a priori*, e não somente em vista da tutela jurisdicional. Desta forma, não se fala, nos interesses coletivos, em circunstâncias fáticas, diversamente do que se dá com os difusos (MAGGIO, 2005, p. 120-121).

Vale notar que a categoria dos chamados interesses individuais homogêneos é um tanto peculiar. Não se trata aqui de defesa de direitos coletivos, mas de defesa coletiva de direitos individuais. Na verdade, cuida-se de direitos tipicamente individuais e, portanto, fracionáveis, aos quais o ordenamento concede a possibilidade de defesa coletiva, em razão de possuírem uma origem comum. Por origem comum se entende a coincidência de situações jurídicas entre os vários lesados entre si ou entre eles e a parte contrária. Assim, as vítimas de um acidente de consumo ou os adquirentes em face do fornecedor de determinado produto

(SALLES, 2009, p. 804). A proteção coletiva desses direitos (tutela de direitos individuais por meio de uma *técnica coletiva*, isto é, adequada às lesões próprias das relações de massa), além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à justiça e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes (como as grandes empresas). Os direitos individuais homogêneos, destarte, embora não sejam definidos como *transindividuais*, podem ser tutelados por meio de ação coletiva, a qual tem, neste caso, seu procedimento específico delineado a partir do art. 91 do CDC (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 753-754).

Cumprе ressaltar que, processualmente, o que qualifica o direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o conjunto formado pela causa de pedir e pelo pedido deduzido em juízo. O tipo de pretensão e seu fundamento, ou seja, o objeto litigioso trazido pelo autor da demanda, é que caracterizam a natureza do direito para fins de tutela jurisdicional (NERY JR.; NERY, 1999, p. 1864; WATANABE, 2001, p. 750).

A definição da legitimação ativa para as demandas coletivas é questão que envolve dificuldades legislativas, em virtude da complexidade teórica e prática da matéria. Tais dificuldades decorrem de que, quando se trata da defesa em juízo dos interesses supraindividuais, normalmente aquele que se pretende legitimado não é diretamente titular deles ou, ainda que o seja, não exerce essa posição em caráter de exclusividade. Antes da definição do perfil legislativo da legitimação coletiva, há que ser identificada a tendência adotada pelo legislador e qual a concepção, em termos de inerência subjetiva, dos bens tutelados em matéria de interesses metaindividuais. Os extremos são sempre indesejáveis, sendo identificáveis nas hipóteses de adoção de concepção *publicista* ou *privatista* dos interesses transindividuais. Assim, identificando-se os interesses metaindividuais como simplesmente públicos, provavelmente o legislador partiria para a solução da legitimação *ad causam* de órgãos ou entidades públicas, ao passo que, identificando-se tais interesses como sendo meramente privados, haveria provavelmente a adoção da legitimação de entidades privadas ou do próprio cidadão, com exclusividade. As soluções extremadas tendem ao equívoco e devem ser evitadas (LEONEL, 2002, p. 154-155).

A solução mais adequada para o modelo de legitimação varia conforme as diversidades de cada sistema. A postura legislativa adotada em certo local pode, ou não, ter o mesmo sucesso se simplesmente transplantada para outro ordenamento. Porém, as experiências do Direito comparado devem ser aproveitadas. A determinação da legitimação para agir é, antes do que um problema técnico-jurídico, uma questão de política legislativa. As soluções adotadas têm certa relatividade, pois servem apenas enquanto adequadas para resolver os problemas verificados na realidade da vida em sociedade e seus desdobramentos no âmbito da jurisdição. Em que pese a validade da atuação tanto de entes públicos como privados, ou mesmo do cidadão, na defesa de interesses transindividuais, a perfeição do modelo de legitimação não é identificada somente em um, e tampouco em outro polo da equação. A concessão de legitimação para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da melhor estruturação destes para a promoção da respectiva defesa em juízo, e ainda da possibilidade de adoção da regra da indisponibilidade da ação, o que é inviável com relação ao particular legitimado. Outrossim, a legitimação para a demanda coletiva deve se afastar dos resquícios da concepção tradicional, firmada em decorrência da visão liberal, preconizando a impossibilidade da existência de *corpos intermediários* – aptos a compartilhar o poder com o Estado –, na ideia de que das “coisas” coletivas somente este último é que deveria cuidar. A importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo se reflete na própria concepção política do Estado, implicando a implementação da democracia participativa (LEONEL, 2002, p. 155-156).

Os *corpos intermediários*, assim chamados por MONTESQUIEU, constituíram novos focos de poder surgidos ao longo do período medieval que, somados às guerras constantes e onerosas, causaram o enfraquecimento das monarquias. Os *corpos intermediários* se manifestaram em diversas ordens: os *feudos* significaram para o soberano a necessidade de dividir o poder com a nobreza, sempre numerosa e ávida em participar do centro de decisão; as *corporações de ofício*, ao seu turno, agrupavam comerciantes, artesãos, mestres e aprendizes, dando início, assim, às futuras confrontações entre o capital e o trabalho; a *Igreja*, por fim, revelou seu enorme poder temporal, com os Papas rivalizando com os reis e, por outro lado, manobrando habilmente a Santa Inquisição como instrumento de poder político, mediante emprego da intimidação geral.

Assistia-se ao fracionamento do poder político, por força da ascensão desses corpos intermediários, os quais, de resto, desempenhavam importante papel de “freio e contrapeso” na aludida partilha (MANCUSO, 1994, p. 31).

Os interesses coletivos, aglutinados nos corpos intermediários, levam ao reconhecimento da insuficiência da dicotomia *público-privado*, tendo por base o fato de que, na verdade, há interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques. A evidência dessa constatação salta aos olhos, bastando observar que, de fato, o “coletivo”, o “geral” e o “público” não são noções abstratas, mas haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais nelas agrupados; de modo que um interesse é *metaindividual* quando, além de deparar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes em um determinado segmento ou categoria social (MANCUSO, 1994, p. 36-37).

A *democracia participativa* é a alternativa que vem, assim, lembrada neste passo. Através dela não se pretende revolucionar a estrutura política estabelecida, mas, ao contrário, torná-la mais eficiente e verdadeira. Efetivamente, não é difícil constatar que, hoje, o exercício democrático pelo só meio dos mandatários políticos é *insuficiente*, seja pela extrema variedade dos anseios populares, seja pela rapidez com que eles se apresentam e se modificam, seja, no caso dos interesses difusos, pela própria *fluidez* de seu conteúdo. Por isso, atualmente se reclama uma democracia participativa, aberta e liberal, compreendendo todo um conjunto de formas e instâncias de participação permanente, ou com vocação de permanência, umas ligadas a direitos políticos dos cidadãos e outras conectadas a organizações diversificadas de interesses setoriais da sociedade civil. Efetivamente, os esquemas político-institucionais baseados em estruturas antigas, de tipo liberal-individualista, não se adaptam bem às novas exigências da “ordem coletiva”. Aqueles esquemas visavam, justamente, o contrário do reclamado em tempos atuais, já que se pretendia *evitar* a formação de núcleos coletivos entre o Estado e o cidadão. Fomentou-se a “ordem individual”, porque o indivíduo isolado é fraco e mais facilmente dominado. De tudo exsurge, em última análise, que não é a tutela dos interesses difusos por meio de órgãos intermediários o que viria a afrontar o sistema representativo, institucionalmente estabelecido; ao revés, é este sistema que teme perder o prestígio e as vantagens que vêm do *monopólio* de representação da vontade popular. O caso, porém, como dito, é de

adaptação às novas realidades, mesmo porque a formação de grupos sociais é inevitável e natural (MANCUSO, 1994, p. 102-103).

De outra parte, hoje se reconhece que a ação na justiça, quando se trata de interesses supraindividuais, é uma forma de participação comunitária na gestão da coisa pública. Ninguém, seriamente, pode desconhecer o quão difícil e complexo é o acesso do indivíduo às instâncias administrativa e legislativa, ao passo que, para se ter acesso a um juiz togado, basta uma petição aptamente redigida. Não se trata de hipertrofia do Poder Judiciário, porque ele, quando outorga tutela aos interesses metaindividuais, não está desenvolvendo atividade supletiva; é sua própria atividade, de conferir proteção a quem a pede e merece. No caso dos interesses difusos, a intervenção jurisdicional é hoje considerada fundamental; não é que esse Poder esteja a invadir a esfera dos outros; será, antes, um sinal de que os outros não estão a tutelar esses interesses, obrigando os cidadãos a recorrerem diretamente à via jurisdicional (MANCUSO, 1994, p. 104-105).

Deve-se registrar que o art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública (na redação dada pela Lei n. 11.448/2007) e o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor se integram no tocante à indicação dos legitimados ativos para o ajuizamento da ação civil pública ou coletiva¹⁴⁹. Assim, podem propô-las, de forma *concorrente* e *disjuntiva*: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública (incluída no rol pela citada Lei n. 11.448/2007)¹⁵⁰; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) autarquia, empresa pública, fundação (pública ou privada) e sociedade de economia mista; e) entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 82, inciso III, do CDC)¹⁵¹; f) associação constituída desde pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse questionado. Também os sindicatos (artigos 5º., inciso LXX, alínea *b*, e 8º., inciso III, da CF/1988) e as comunidades indígenas (art. 232 da CF/1988) podem propor

¹⁴⁹ Sob o aspecto puramente doutrinário, se a ação que verse a defesa de interesses supraindividuais ou individuais homogêneos for movida pelo Ministério Público, o mais correto será denominá-la *ação civil pública*, ao passo que, se for ajuizada por qualquer outro legitimado, mais correto será chamá-la de *ação coletiva* (MAZZILLI, 2001, p. 65). A legislação, contudo, não faz tal distinção, considerando sinônimos os termos *ação civil pública* e *ação coletiva*.

¹⁵⁰ Sobre a constitucionalidade da legitimação atribuída à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública ou coletiva, ver *infra*, 4.2.

¹⁵¹ Tais entes ou órgãos desprovidos de personalidade jurídica, contudo, ostentam *personalidade judiciária* (NERY JR.; NERY, 1999, p. 1515).

ações coletivas (MAZZILLI, 2001, p. 221), bem como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, com restrições, sendo-lhes autorizado ajuizar mandado de segurança coletivo (art. 5º., inciso LXX, alínea a, da CF/1988) (LEONEL, 2002, p. 157).

A legitimação desses entes para propor ação coletiva em defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, frise-se, é *concorrente* e *disjuntiva*, vale dizer, independe da participação dos outros. Assim, qualquer um dos legitimados pode, sozinho, intentar ação coletiva para a tutela desses interesses, sendo o eventual litisconsórcio formado meramente facultativo. O art. 5º., § 5º., da Lei da Ação Civil Pública, aliás, permite mesmo a formação de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 760).

Optou o legislador pátrio por limitar a legitimação individual somente à busca da tutela dos interesses e direitos individuais *stricto sensu*. Pelas regras que disciplinam as obrigações indivisíveis, seria admissível, em linha de princípio, a legitimação concorrente de todos os indivíduos para a defesa dos interesses difusos ou coletivos de natureza indivisível. Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e à continuidade delas, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da ação coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela a título coletivo. Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma frequência, como instrumento político de pressão e até de vingança, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada (WATANABE, 2001, p. 754).

O Direito brasileiro seguiu, em parte, mas com inúmeras adaptações, diante da realidade nacional, a experiência do direito anglo-americano, estabelecendo uma dualidade entre as condições de legitimação. De um lado, buscou efetivamente atender a critério semelhante ao da “representatividade adequada”, autorizando a propositura das ações coletivas às associações legalmente constituídas desde pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos (art. 82, inciso IV, do CDC e art. 5º., inciso V, da Lei n. 7.347/1985). Fixados os critérios da “representatividade adequada” em lei, incumbe ao juiz avaliar, no caso concreto, o preenchimento de

tais condições, reconhecendo então à associação a legitimidade para a postulação do interesse. Eventualmente, conforme autorizam o art. 82, § 1º., do CDC e o art. 5º., § 4º., da LACP, poderá o magistrado dispensar o requisito da pré-constituição mínima de um ano “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Note-se que, para a defesa desses interesses, não depende a associação de autorização assemblear ou de específica outorga de poderes pelos interessados (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 759-760).

Já o requisito da *pertinência temática*, que não pode ser dispensado pelo julgador, significa que: a) as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, devem estar especificamente destinados à defesa dos interesses transindividuais objetivados na ação civil pública ou coletiva que, como legitimados ativos, pretendam propor; b) as associações, fundações privadas, sindicatos, corporações etc. devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia (MAZZILLI, 2001, p. 223).¹⁵²

ADA PELLEGRINI GRINOVER (2005, p. 212-214) aduz que, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimação ativa das ações coletivas é atribuída *ope legis*, isto é, por obra da lei, cabendo indagar se, apesar disso, ainda compete ao juiz o controle sobre a “adequada representatividade” do ente legitimado, tendo em vista problemas práticos surgidos pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica e a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis que constituem as características de uma “representatividade” idônea e

¹⁵² KAZUO WATANABE (2001, p. 761) e MARINONI e ARENHART (2003, p. 759-760, nota 3) asseveram ser inconstitucional a disposição do art. 2º.-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997, introduzido neste diploma legal pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, cujo teor é o seguinte: “Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. Segundo os mestres, o preceito viola os princípios da isonomia e do acesso à justiça, além de distorcer completamente a natureza dos direitos coletivos, transformando-os, somente quando em face daquelas pessoas jurídicas, em direitos individuais. Sustentam que a regra só poderia ser aplicada quando a associação estivesse em juízo demandando interesses individuais e privados dos seus associados, caso em que, efetivamente, a representação depende de expressa autorização assemblear.

adequada. Para a autora, o sistema brasileiro, conquanto não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da “representatividade adequada” pelo magistrado, em cada caso concreto. Sustenta a mestra que o art. 82, § 1º., do CDC permite ao julgador dispensar a associação do requisito da pré-constituição ânua, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, análise essa que muito se aproxima do exame da “representatividade adequada” e que, *contrario sensu*, permite-lhe também negar a legitimação quando entender ausentes os requisitos da adequação. Por outro lado, a jurisprudência pátria, após alguma tergiversação, firmou-se no sentido do reconhecimento de legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos somente na hipótese de apresentarem relevância social compatível com o perfil constitucional do *Parquet*. Tal exame casuístico da mesma forma implica a análise de algo muito próximo da “representatividade adequada”, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas. Conclui pela viabilidade do controle da legitimação *ope judicis*, de modo que o modelo do Direito comparado pode tranquilamente ser adotado no Brasil, à míngua de norma impeditiva.

A aceitação da fiscalização judicial da “representatividade adequada”, ainda segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER (2005, p. 215-221), se tem importância nos casos de legitimação ativa, torna-se *conditio sine qua non* para a admissibilidade da chamada *ação coletiva passiva*, isto é, a demanda individual ou coletiva em que a coletividade ou a classe, a categoria ou o grupo figuram no polo passivo, como réis, nos moldes das *defendant class actions* norteamericanas. A autora, após aludir a casos concretos em que foi admitida sua utilização¹⁵³, posiciona-se pelo cabimento da ação coletiva passiva perante o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da exegese do art. 5º., § 2º., da Lei da Ação Civil Pública e dos artigos 83 e 107 do Código de Defesa do Consumidor, não sem reconhecer que alguns problemas práticos podem derivar dessa orientação no que concerne ao regime da coisa julgada, estabelecido para beneficiar a coletividade no polo ativo, para os quais todavia propõe soluções baseadas na inversão deste regime.¹⁵⁴

¹⁵³ Para exemplos de ações coletivas passivas ajuizadas na experiência forense brasileira, consultem-se ADA PELLEGRINI GRINOVER (2006, p. 217-218) e DIDIER JR. e ZANETI JR. (2008, p. 33-35).

¹⁵⁴ Previu-se a disciplina da ação coletiva passiva nos anteprojetos de Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Iberoamericanos (artigos 35 a 38) e de Código Brasileiro de Processos Coletivos (artigos 42 a 44) (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 431-432, 445).

HUGO NIGRO MAZZILLI (2001, p. 253-254), ao seu turno, entende que a coletividade (*lato sensu*), transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para as ações coletivas, uma vez que, pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º. da LACP e do art. 82 do CDC estão limitados a figurar no polo ativo da demanda, e não como réus, mesmo em reconvenção. Destaca, contudo, que já se admitem algumas mitigações a esse óbice, como seriam os casos de embargos à execução (por exemplo, opostos em ação executiva de compromisso de ajustamento de conduta, dotado de eficácia de título executivo extrajudicial pelo art. 5º., § 6º., da LACP) ou até de embargos de terceiro, e lembra que também se pode formar a coisa julgada *erga omnes* (quanto aos interesses difusos) ou *ultra partes* (quanto aos interesses coletivos) *contra a coletividade (lato sensu)*, quando julgado improcedente pedido formulado em ação civil pública ou coletiva ou em ação popular em que houve cognição exauriente do mérito e declaração da inexistência do direito pleiteado.

RAFAEL CASELLI PEREIRA (2011) noticia interessante precedente do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que merece transcrição de sua ementa no ponto que aborda explicitamente o tema da admissibilidade da ação coletiva passiva:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (*DEFENDANT CLASS ACTION*). ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA “TRIMESTRALIDADE” (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA. 1. A classe tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda coletiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada, mesmo que não exista previsão

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito Processual e com o concurso de sugestões de diversos setores acadêmicos e profissionais, foi apresentado e entregue ao Ministério da Justiça em janeiro de 2007, estando ainda sob análise. Outrossim, ambos os anteprojetos inspiraram a elaboração do Projeto de Lei n. 5.139/2009, do Poder Executivo, o qual consubstanciou fruto de trabalho de comissão especial designada no final do ano de 2008 para formular nova lei normatizadora da ação civil pública. Referida comissão, presidida pelo Deputado ROGÉRIO FAVRETO (à época Secretário da Reforma do Judiciário) e tendo como relator LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR, contou com a colaboração de 22 juristas, dentre eles ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO GIDI, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, ELTON VENTURI, RICARDO DE BARROS LEONEL e SÉRGIO ARENHART. Curiosamente, na redação final do seu texto se suprimiu a referência à ação coletiva passiva, que assim deixou novamente de ser tratada de forma expressa. O Projeto de Lei foi apresentado ao Congresso Nacional e tramitou na Câmara dos Deputados, sob o número 5.139/2009, onde restou rejeitado no mérito pela respectiva Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, por votação de 17 contra 14, em 17 de março de 2010. Tal rejeição foi objeto de recurso manejado pelo Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA e outros, pretendendo submeter o Projeto de Lei à deliberação do Plenário, porém não há, até o momento, notícia de sua inclusão em pauta para ser apreciado (PEREIRA, 2011; RAMPIN; RÉ, 2012).

normativa explícita. O ativismo judicial permite seja a admissibilidade inferida das garantias constitucionais do acesso à justiça, da vedação do *non liquet*, do *due process of law* e outras, pois “não se deve excluir a *priori*, de *lege lata*, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em lei (...)” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O Processo*, São Paulo: Perfil, 2005, pp. 219-221). 2. A procedência da demanda coletiva passiva (*defendant class action*) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em polos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na demanda geradora do ato objurgado. [...]

(TJES, Classe: Ação Declaratória Incidental, 100070019698, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 12/06/2008, Data da Publicação no Diário: 14/07/2008)

De qualquer modo, ciente dessa expansão dos casos reais de ajuizamento de ações coletivas passivas, e sem pretender aprofundar temática que, apesar de instigante, desborda dos limites desta dissertação, impende fazer coro ao alerta de CLAYTON MARANHÃO (2005, p. 11-13), de acordo com quem, não obstante se possam vislumbrar hipóteses em que aquelas sejam cabíveis, úteis e adequadas, é certo que não se deve aceitar o seu abuso processual, notadamente por parte dos violadores dos direitos transindividuais.

Induvidoso, todavia, que no polo passivo de ação coletiva podem figurar quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e mesmo entes e órgãos despersonalizados (por exemplo, uma Câmara de Vereadores ou Assembleia Legislativa), bastando que sejam apontados como causadores efetivos ou potenciais, diretos ou indiretos, de lesão ou ameaça a interesses supraindividuais ou individuais homogêneos.

Questão final que merece ser abordada diz respeito à *natureza da legitimação* nas ações coletivas voltadas à tutela de direitos difusos e coletivos, frente à clássica dicotomia legitimidade ordinária – legitimidade extraordinária. As opiniões doutrinárias, *in casu*, polarizam-se.

Por um lado, alguns autores entendem constituir caso de legitimação extraordinária, na forma de *substituição processual*.

HUGO NIGRO MAZZILLI (2001, p. 58) leciona que na ação civil pública ou coletiva se vê a predominância da legitimação extraordinária ou substituição processual, porquanto o demandante, ainda que aja autonomamente e por vezes também defenda interesses próprios, na verdade busca tutela em juízo para além deles, zelando por interesses transindividuais, de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas.

No mesmo sentido, FREDIE DIDIER JR. (2005, p. 264-265) ressalta que há legitimação extraordinária sempre que exista uma incoincidência entre o legitimado a estar no processo e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre na tutela coletiva, com a particularidade de o “titular do direito” (o agrupamento humano) não estar autorizado a atuar em juízo na sua defesa. Adverte que a situação, porém, não é exatamente igual à generalidade dos casos de legitimação extraordinária, porque o regime da coisa julgada coletiva é bastante diferente, construído de modo a prejudicar o mínimo possível o “titular do direito” (art. 103 do CDC). O que é diferente, contudo, não é a legitimação, mas o próprio processo coletivo. Segundo o professor, ademais, a construção doutrinária que identificava uma legitimação ordinária para a propositura de ações coletivas se justificava como uma tentativa da dogmática jurídica de superar o obstáculo da ausência de texto legal que atribuísse essa legitimação: como a legitimação extraordinária necessitava de previsão normativa, construía-se a tese de que a legitimação das associações era ordinária, para defender direitos próprios, portanto dentro do molde do art. 6º. do CPC. Com a ampliação significativa do rol de legitimados à propositura de ação coletiva, não teria mais razão de ser tal construção doutrinária a respeito do tema.

Por outro lado, há juristas que vislumbram nas ações coletivas voltadas à tutela de interesses difusos e coletivos o fenômeno da legitimação ordinária. Esta corrente, para fins didáticos, pode ser dividida em três vertentes essenciais, conforme as justificações invocadas para embasar as suas conclusões.

A primeira delas afirma ser ordinária a legitimação porque, 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, ao passo que, quando a defesa dos interesses supraindividuais é feita através de grupos legalmente constituídos ou órgãos ou entes públicos, estes sustentam certas massas de interesses para os quais a lei os considerou idôneos, autorizados então por ela e assim defendendo posição jurídica própria (MANCUSO, 1994, p. 160-161, 189).

A segunda vertente, ao seu turno, parte de uma perspectiva diferenciada de relação jurídica nos interesses transindividuais, na qual se destaca o dever jurídico de respeito a determinados bens ou valores da coletividade, imposto pelo ordenamento jurídico, com a correlativa atribuição, a certos entes da sociedade,

do poder de acionar a jurisdição para fazer cumprir tal dever. Disso decorre que a legitimidade ativa ou passiva deriva do ordenamento, e não de uma relação direta entre o sujeito passivo do dever e o sujeito ativo do poder. Na ótica aventada, titulares da relação jurídica são aqueles que estiverem vinculados ao ordenamento jurídico, enquanto legitimados serão aqueles que, de acordo com o Direito positivo, possam influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou que estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva). Destarte, a legitimidade será sempre ordinária, pois os legitimados são as pessoas indicadas pela norma (BELINETTI, 2000, p. 125-130; MAGGIO, 2005, p. 153-157).

Por fim, a terceira vertente preconiza que a legitimação nas ações coletivas para a tutela de interesses supraindividuais tem natureza ordinária, porém é específica do processo coletivo, cuidando-se de *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis)* (NERY JR., NERY, 1999, p. 1515). Para tal vertente, o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações à titularidade do direito material invocado em juízo (NERY JR., 2002, p. 121). Não há razão para tratar de dita legitimidade a partir do seu correspondente no processo individual. Quando se pensa em “direito alheio”, raciocina-se a partir de uma visão individualista. A noção de direito transindividual rompe com a ideia de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não mais se mostrando satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia (MARINONI, 1996, p. 56). Com efeito, os casos de substituição processual determinados pela lei se distinguem dos de legitimação para as ações coletivas, pois naqueles o substituto busca defender direito alheio de titular determinado, enquanto nestas o objetivo da legitimação é outro, eis porque elas precisam ter estrutura diversa do regime da substituição processual (NERY JR., 2002, p. 121, nota 203).

Enfatiza-se, desde logo, que neste trabalho se adere à orientação segundo a qual a legitimação, nesses casos, é ordinária, deixando entretanto para o próximo tópico a exposição das razões que fundamentam esta preferência.

No que concerne à legitimação para a tutela de interesses individuais homogêneos, não resta dúvida de que é extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim o afirma o legislador no art. 91 do CDC, quando expressamente se refere a litigar, *em nome próprio e no interesse das*

vítimas ou seus sucessores, mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos, mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos (LEONEL, 2002, p. 160; MARINONI, 1996, p. 56; NERY JR., NERY, 1999, p. 1515; WATANABE, 2001, p. 799).

Encerrada a análise da legitimidade *ad causam* nas ações coletivas, é possível seguir ao ponto culminante da reflexão até o momento desenvolvida.

4.2 Críticas ao sentido comum teórico: IMPORTÂNCIA DE UMA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA LEGITIMIDADE PARA AGIR E ESBOÇO DE UMA NOVA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA

A visão doutrinária tradicional acerca da legitimidade para agir, exposta nos tópicos imediatamente anteriores¹⁵⁵, caracteriza, em uma série de seus aspectos, um *sentido comum teórico* assentado no paradigma liberal-individualista-normativista de produção/reprodução do Direito, portanto em franca contradição com o quadro principiológico e axiológico estampado em nossa Constituição da República de 1988. Ademais, dita visão olvida, ou pelo menos não aprofunda suficientemente, a questão dos vínculos dessa condição da ação com a ordem constitucional, desde o seu fundamento de validade que nesta se encontra, passando pela dimensão política e social que ela lhe reconhece no sistema jurídico pátrio e até o desenho que lhe deve imprimir o modelo de Estado nela plasmado. Mesmo os estudiosos que observam o fenômeno sob um ângulo sociopolítico pecam por deixarem de ancorar suas análises na Lei Maior e no contexto do Estado Democrático de Direito que ela consagra, definindo a legitimação como uma mera objetivação do poder promovida pelo legislador no corpo normativo (MORAES, 2000, p. 200-201), isto é, como uma escolha discricionária, quando não verdadeiramente arbitrária e engajada com ideologias conservadoras, sobre quem pode ou não exercer de modo lícito o direito de ação. Uma ótica comprometida com a Constituição, ao revés, é capaz de fornecer indeclináveis parâmetros materiais para o controle dessa atividade legiferante.

¹⁵⁵ *Supra*, início da seção e 4.1.

Por *sentido (ou senso) comum teórico dos juristas* se deve entender o conjunto de crenças, mitos, representações e hábitos significativos na interpretação/aplicação do Direito, o “já-dito-desde-sempre”, admitido como verdade e incontrastável pelos discursos dogmáticos ordinários.

Na lição de LUIS ALBERTO WARAT,

Os processos significativos do direito apresentam-se como um conjunto heterogêneo de hábitos semiológicos de referência (senso comum teórico) e de discursos organizados a partir de ditos hábitos. Ou seja, os primeiros operam como um código para as enunciações jurídicas.

Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. (2004, p. 31-32)

A identificação do sentido comum teórico conduz a certo grau de ceticismo quanto à *cientificidade da teoria jurídica tradicional* e faz passar a vislumbrá-la como um *discurso prescritivo* e não apenas *descritivo*, uma *doxa* (opinião) mais que uma *episteme* (ciência), bem como suscita indagações acerca das condições sociais, políticas e históricas dos discursos jurídicos e do seu poder de criar significações, isto é, de curvar e condicionar os significados dos textos normativos.

Assim, pode-se dizer que o *saber jurídico* é um verdadeiro *poder simbólico* que integra a estrutura coercitiva do Direito e permite a elaboração e a articulação das significações não manifestas, ocultas e ideológicas. *Poder simbólico*, na conceituação de PIERRE BORDIEU (1989, p. 7-8), é o “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.”

Novamente de acordo com WARAT (2004, p. 31), o senso comum teórico resulta de um movimento dialético que se inicia com certos hábitos significativos (uma *doxa*), prossegue com a busca de conceitos que os encampem e justifiquem (uma *episteme* construída mediante processos lógicos depuradores do primeiro momento) e se conclui com a reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos. Esta última etapa, adverte o autor, caracteriza-se pelo emprego da *episteme* como *doxa*, recomeçando a cena dialética mostrada.

Para LENIO STRECK,

O sentido comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à

“consumação” das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a “realidade” jurídica dominante. *É o local dos “segredos”.* (2007, p. 67)

A sedimentada ideia de que a legitimação ordinária deriva de uma situação legitimante consistente, conforme a chamada *teoria da asserção*, na afirmada titularidade de uma posição ativa (direito subjetivo, interesse legítimo) ou passiva (obrigação, dever) em uma relação jurídica entre sujeitos individualizados ou individualizáveis, critério que se presta inclusive para distingui-la da legitimação extraordinária, em que um terceiro estranho a essa relação jurídica se incumbe da defesa judicial de interesse dela emergente e pertinente a um dos mencionados sujeitos, no mínimo incorre em *meia-verdade*, sendo outrossim incapaz de esconder uma *visão privatista/individualista* do instituto da legitimação ordinária e uma percepção da aplicação do Direito como raciocínio silogístico-dedutivo (*lógica subsuntiva*), que parte de um ordenamento jurídico estatal (*monismo jurídico*) completo e infalível na normação de todas as situações da vida (*dogma da plenitude do ordenamento*), características que evidenciam sua inserção no modelo do *positivismo normativista*.

Com efeito, essa concepção de legitimação ordinária pautada na *prospettazione*, que parece ter tomado como *parâmetro ideal* para sua elaboração a ação de conhecimento condenatória fundada em descumprimento de obrigação, de natureza nitidamente patrimonial, necessita pressupor a expressa regulamentação jurídica, em nível abstrato, de uma dada situação fática submetida à apreciação do Poder Judiciário, bastando assim, para saber se autor e réu são legitimados para figurar nos polos ativo e passivo daquele específico processo, fazer um singelo cotejo da narrativa trazida na peça vestibular com o esquema hipotético legal que lhe serve de referência, isto é, subsumir o fato descrito à disposição normativa. Se as partes se enquadrarem exatamente nas posições que esse esquema prevê, serão consideradas legítimas e o *meritum causae* poderá ser conhecido. Do contrário, serão consideradas ilegítimas e o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito.

Conquanto tais noções de situação legitimante e de legitimação ordinária sejam um *critério útil* ou uma *boa hipótese inicial de trabalho* para

identificar os legitimados ativo e passivo para um concreto processo, em especial nas demandas em que se impute ao réu algum tipo de causalidade ou responsabilidade (por exemplo, na ação penal, na ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, na ação condenatória fundada em prática de ato ilícito, na investigação de paternidade), elas se mostrarão *insuficientes, inadequadas* ou mesmo *desastrosas* em pelo menos dois grupos de casos: a) quando inexistir previsão normativa expressa à qual se possa *prima facie* subsumir a situação fática levada a julgamento; e b) quando não couber falar em *relação jurídica* nos moldes tradicionais (por exemplo, nos *interesses difusos e coletivos*).

No primeiro grupo de casos, impende notar que o art. 4º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o art. 126 do Código de Processo Civil preconizam que, quando a lei for omissa, incumbe ao juiz decidir valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito. Não obstante, é comum ver na realidade da praxe forense decisões judiciais que, repristinando um ultrapassado positivismo legalista ou exegético (“positivismo primitivo” ou “paleojuspositivismo”) e mesclando-o com o normativista, simplesmente não admitem determinados pedidos sob o raso argumento da “falta de amparo legal”, sem indagar mais a fundo se a lacuna acaso verificada é ou não suprível, quer-se dizer, se ela é involuntária ou voluntariamente posta pelo sistema jurídico. E barram de forma equivocada, já no juízo de admissibilidade e em regra invocando a impossibilidade jurídica do pedido (inexiste um modelo normativo ao qual subsumir o fato, e por conseguinte não há como dele extrair consequências jurídicas) ou a ilegitimidade *ad causam* (as situações jurídicas das partes não correspondem a nenhum modelo normativo), questão que na verdade atine ao mérito e depende sobejamente de interpretação principiológica ou consuetudinária ou de ponderação de razões que implique a viabilidade ou não de extensão analógica da disciplina que rege uma hipótese similar àquela objeto do processo. As noções de situação legitimante e legitimidade ordinária que habitam o imaginário coletivo dos operadores do Direito, ademais, por suas próprias raízes positivistas normativistas, não respondem satisfatoriamente a uma concepção pluralista do fenômeno jurídico, que reconhece a existência de fontes extraestatais de produção jurídica.

Já no segundo grupo de casos, nos quais não se pode aludir ao conceito de relação jurídica em seu formato tradicional, o inconveniente ocorre perante o art. 6º. do Código de Processo Civil, que estatui a *excepcionalidade*, e

como corolário o caráter prevalentemente *taxativo*, da legitimidade extraordinária. Se a legitimação para buscar a tutela dos direitos transindividuais, como quer boa parte da doutrina ainda imersa no espírito individualista, constituir realmente *substituição processual*, não poderá, em linha de princípio, ser conferida à míngua de expressa disposição legal. Logo, ausente preceito normativo que atribua a legitimidade para agir a determinado ente, e não se mostrando exitosa a tentativa de inferir essa legitimação extraordinária do sistema, não estará aquele ente autorizado a exercer o direito de ação almejando tutela aos interesses supraindividuais. Novamente, a pretensão pode ser obstada no juízo de admissibilidade, o que não ocorreria se fosse demonstrado, mediante uma visão mais abrangente da situação legitimante, que a legitimação para a defesa de interesses difusos e coletivos é ordinária, não extraordinária. É certo que a temática felizmente perde muito de sua relevância prática perante o sistema de tutela coletiva hoje vigente, que contempla um bom número de legitimados para propor ações civis públicas ou coletivas (art. 5º. da LACP e art. 82 do CDC). Todavia, pode colaborar para entender se o rol é passível de extensão por via interpretativa, ou seja, se é apenas exemplificativo, algo que se mostraria muito dificultoso ou até incabível diante do art. 6º. do CPC, fornecendo ainda um elemento crítico de resistência contra medidas legislativas reacionárias que porventura pretendessem reduzir a lista de legitimados.

Diante de tais observações, bem como em virtude de sua maior precisão técnico-processual, comunga-se aqui do entendimento de ELIO FAZZALARI (2006, p. 370), segundo quem a situação legitimante das partes (isto é, aquela com base na qual se determina quem pode estar em juízo para dizer – legitimidade ativa – e contradizer – legitimidade passiva) é constituída por dois adendos lógicos: o de que a medida jurisdicional que o demandante postula deva ser efetivada e o de que os sujeitos hipoteticamente destinatários de tal medida, ou seja, independentemente da postulação ser julgada procedente, devam estar diretamente envolvidos. Significa, portanto, que a situação legitimante emerge da circunstância de se enxergar na parte a qualidade de sujeito a ser atingido de modo direto pelo provimento jurisdicional pleiteado.

Sobre a insuficiência do critério da “afirmada titularidade das posições na relação jurídica” para explicar a situação legitimante e sobre os traços que o diferenciam da concepção acima sustentada, pronuncia-se FAZZALARI:

Aliás, a situação que legitima partes e juízes pode ser identificada e é sustentada ainda por alguns autores com a “relação substancial reduzida na lide”, que em sede civil corresponde à situação substancial dever/direito subjetivo, de que se tratou amplamente, em vez de identificá-la como acima defendido, com os efeitos estimados da medida jurisdicional requerida [...]. Na versão mais moderna se consideram legitimados para o processo o que afirma, *in limine litis*, um direito subjetivo próprio lesado e o que é indicado como titular do dever posto a serviço de tal direito, e como autor de sua lesão.

Os dois meios legitimadores dos sujeitos – o constituído pelos efeitos estimados da medida jurisdicional e o baseado na *res in iudicium deducta* – parecem equivalentes, mas não o são: o segundo não é sempre utilizável. Assim, todas as vezes que o conteúdo do provimento jurisdicional for diferente da relação substancial controvertida – isso acontece nos provimentos constitutivos em sentido estrito [...] -, a necessidade de se adotar o provimento como meio de legitimação em vez da situação substancial pregressa é de toda evidência. [...]

Com isso não se pretende, certamente, desvalorizar a utilidade do papel que a situação substancial pregressa desenvolve no processo, tanto como objeto do contraditório e da cognição do juiz quanto como pressuposto da declaração, da “medida jurisdicional”. O que se quer é simplesmente explicar que, ainda que os resultados do seu emprego como meio de legitimação possam coincidir com os efeitos estimados da pronúncia (assim por exemplo no caso da pronúncia de condenação, de declaração), o meio constituído pelos efeitos da pronúncia a ser emanada é o mais exaustivo (porque alcança também a pronúncia constitutiva) e é aquele que corresponde ao eixo do sistema: o “processo”, se é verdade – e a nós parece que o seja, como temos procurado explicar – que existe processo quando do *iter* de formação de um provimento participam, justamente, os destinatários dos seus efeitos, em contraditório. (2006, p. 378-380)

Em outros termos, e sinteticamente, a situação legitimante das partes há que ser vista prospectivamente, em função do *provimento jurisdicional*, e não retrospectivamente, em função da *relação jurídica controvertida* (FAZZALARI, 2006, p. 369).

A formulação de FAZZALARI se mostra técnico-processualmente mais precisa porque traz um conceito de situação legitimante compatível com a teoria abstrata da ação, prestigiando ainda a sua instrumentalidade mas prescindindo de referências ao direito material, que somente será estabelecido na sentença. Em razão de sua amplitude, é apta a explicar a situação legitimante tanto na legitimidade ativa quanto na passiva, bem assim na ordinária e na extraordinária. Além disso, a formulação em apreço não antecipa o exame de matéria que é própria do mérito, o que por vezes, em última análise, pode limitar indevidamente o ingresso em juízo ou o direito ao julgamento do objeto litigioso, como demonstram os grupos de casos adrede mencionados. Com efeito, ela não fica refém do raciocínio silogístico-dedutivo e dos dogmas monistas e completistas que embasam a teoria tradicional e permite que a situação legitimante seja aferida concretamente, bastando perguntar,

em cada processo, se as partes indicadas são os sujeitos sobre quem, conforme a pretensão deduzida, recairão os efeitos do provimento jurisdicional. O exame do *fundamento* dessa pretensão, isto é, de uma suposta relação jurídica cuja existência ou inexistência motivará sua procedência ou improcedência, é deixado para o momento subsequente, e não exclui a procura pela normatividade fora do ordenamento estatal.

A legitimação das partes, nessa ótica, não se confunde com o mérito. É lógica e cronologicamente anterior a ele e radica imediatamente nos princípios do *devido processo legal* e do *contraditório* (art. 5º., incisos LIV e LV, da CF). De fato, como lecionam COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (2011, p. 281-282), a legitimidade traduz a exigência de identificar as *justas partes do processo*, problema que não se sobrepõe, mas, ao contrário, em ordem lógica, subordina-se ao mais geral problema do contraditório, que, para o fim de uma válida formação do processo, é garantido à parte (justa ou não justa, dotada ou não de legitimidade passiva) em face de quem seja proposta a demanda.

Frisados os fundamentos constitucionais da legitimidade, e dando continuidade ao intento de superar a visão fincada no paradigma liberal-individualista-normativista, cumpre, como passo seguinte, dentro da perspectiva constitucional e publicista que orienta o hodierno sistema processual jurisdicional, indagar *quais os elementos que destacam uma determinada qualidade do sujeito no plano substancial e, como reflexo processual, investem-no na condição de destinatário direto dos efeitos do provimento jurisdicional pleiteado, ou seja, quais os substratos materiais que o colocam na situação legitimante*. Para responder ao questionamento proposto, vale lembrar a lição de FRANCESCO CARNELUTTI (2004, p. 57), segundo quem a legitimidade expressa a *idoneidade de uma pessoa para atuar no processo, devida à sua posição e, mais exatamente, a seu interesse ou a seu ofício*. *In casu*, os termos *interesse* e *ofício* podem ser atualizados e relidos em acepção mais abrangente, respectivamente como *esfera jurídica* e *função*.

Como já se aventou alhures, o complexo de relações jurídicas que tornam alguém titular de algo, com um próprio e determinado objeto, sugere a imagem de uma esfera, em cujo centro está um sujeito, a quem convergem as várias relações. Mais especificamente, entende-se por *esfera jurídica* o conjunto de todas as relações jurídicas, pessoais ou econômicas, de que uma pessoa é titular. Isolando-se nesta esfera as relações de caráter econômico, isto é, aquelas que têm

por objeto coisas ou bens imateriais, identifica-se uma esfera menor, designada de patrimônio (FONTES, 2002, p. 115).

A titularidade de esfera jurídica que, a partir do provimento jurisdicional, será submetida a uma *modificação quantitativa* (diminuição ou acréscimo, por exemplo, em relações obrigacionais) ou *qualitativa* (alteração de um *status* jurídico), por força mesmo da cláusula do devido processo legal (art. 5º., inciso LIV, da CF/1988), que preconiza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, conjugada com a garantia do contraditório (art. 5º., inciso LV), no sentido linhas acima mencionado de exigência de identificação das justas partes do processo, certamente coloca o sujeito na situação legitimante de destinatário do provimento, que caracteriza clássico caso de *legitimação ordinária*. Em primeiro lugar, portanto, *é legitimado ordinário o titular da esfera jurídica diretamente afetável pelo provimento jurisdicional*. Cuida-se de *legitimação ordinária* que se pode chamar de *pessoal*.

Mas restringir a situação legitimante que dá azo à legitimidade ordinária unicamente àquele sujeito titular da esfera jurídica seria opção metodológica impregnada ainda do ranço privatista e individualista que se denunciou, incompatível com a visão publicista do sistema processual jurisdicional que está na base do neoprocessualismo e com a percepção da dimensão política e social do instituto.¹⁵⁶ Por outro lado, deve restar claro que na defesa do interesse público a legitimação concedida pela lei também é sempre *ordinária*, pois não se pode substituir processualmente a sociedade, titular de direito difuso ou coletivo (NERY JR.; NERY, 1999, p. 389). Eis porque impende destacar que não só a *titularidade de esfera jurídica*, mas igualmente a *titularidade de função* se traduz em

¹⁵⁶ De acordo com EDUARDO CAMBI (2007, p. 29), o Código de Processo Civil foi pensado para a tutela dos interesses individuais (*direitos subjetivos*), sobretudo os de caráter patrimonial. A titularidade do direito subjetivo, irradiada no ordenamento processual pelo *princípio dispositivo* (pelo qual a *sorte do processo* está, em certa medida, entregue à *vontade das partes*), projetou o caráter eminentemente *individualista* do CPC. Esta compreensão está expressa, por exemplo, em regras como as dos artigos 6º. (sobre as legitimações ordinária e extraordinária) e 472 (sobre os limites subjetivos da coisa julgada material), cabendo ao titular do direito subjetivo o poder de fruir ou não dele, ou dele desistir, sobre ele transacionar etc, e não devendo os efeitos da decisão ultrapassar as pessoas dos litigantes. Assim, institutos como a legitimidade *ad causam*, a prova, a sentença e a coisa julgada, porque moldados sob o paradigma do Estado Liberal Clássico, impossibilitavam que a sociedade civil organizada e os órgãos públicos de defesa dos interesses coletivos pudessem levar e ver tutelados pelo Judiciário tais direitos de caráter transindividual. Com efeito, esses institutos não acompanharam a passagem do Estado Liberal para o de Bem-Estar Social. Em perspectiva similar, CLAYTON MARANHÃO (2000, p. 235) ressalta que os grupos, as classes, as sociedades e os partidos substituem, no século XX, os antigos mitos do cidadão soberano e da vontade geral, na abstrata teoria do Estado de herança liberal. O Estado navega do individualismo para o coletivismo, surgindo a Democracia Social, vinculada a interesses do homem agregado.

situação legitimante que configura a *legitimação ordinária*. Esta ideia necessita de desenvolvimento melhor detalhado para sua apropriada compreensão.

Explica JORGE MIRANDA (1997, p. 8-9) que dois são os sentidos possíveis de *função do Estado*: o de *fim, tarefa* ou *incumbência*, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social, e o de *atividade com características próprias, passagem à ação, modelo de comportamento*. No primeiro sentido, a função representa um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio, ou uma tentativa, de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado – da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do meio ambiente – decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar, e é ainda uma maneira do Estado ou dos governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder. No segundo sentido, a função – agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – entronca nos atos e atividades que o Estado, constante e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam, define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades e se revela indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública. No primeiro sentido, a função *não se relaciona apenas com o Estado enquanto poder, mas também com o Estado enquanto comunidade*. Tanto pode ser desempenhada só pelos seus órgãos constitucional ou legalmente competentes e por outras entidades públicas como pode ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil, em formas variáveis de complementaridade e subsidiariedade, tudo dependendo das concepções dominantes e da intenção global do ordenamento. No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação específica do poder político, um modo tipificado de exercício do poder, e precisa ser apreendida em tríplice perspectiva, material, formal e orgânica.

Em resumo, a *função do Estado*, na lição do constitucionalista português e naquele primeiro sentido, que é o que aqui mais interessa, consubstancia uma finalidade ou tarefa concernente a necessidade ou interesse da coletividade, ou de alguns de seus setores, e que diz respeito à *comunidade como um todo*, isto é, à *inteira sociedade civil*, não somente ao Estado enquanto personificação jurídica dela, eis porque pode ser perseguida tanto por entidades e

órgãos componentes da estrutura estatal quanto por grupos, segmentos ou pessoas integrantes do corpo social, na dependência das coordenadas em vigor em certo contexto histórico-geográfico, sociopolítico e jurídico. A *função do Estado*, destarte, é vista com caráter *substancial e não privativo do aparelho burocrático público*. Corolário dessa mirada, ademais, é a constatação de que *algumas funções são outorgadas por lei (constitucional ou infraconstitucional)*, ao passo que *outras surgem espontaneamente no seio da sociedade e são meramente “referendadas” pelo ordenamento jurídico*, como manifestação prática das disposições contidas no art. 1º., *caput*, inciso V, e parágrafo único, da Carta Magna, que consagram o pluralismo político e a máxima de que “todo o poder emana do povo”.

O Estado Democrático de Direito exsurge como o ambiente privilegiado de uma interação justa e equilibrada entre as esferas pública e privada, repercutindo na equitativa divisão de responsabilidades entre o Poder Público (Estado como pessoa jurídica ou aparato organizado) e a sociedade civil (Estado como comunidade), em uma dimensão política liberal-democrática e social solidarista. No caso específico do Estado Brasileiro, é o que se depreende inequivocamente da leitura das promessas trazidas no art. 3º. da Lei Maior, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Assim, preconiza-se um compromisso irrevogável do Estado (enquanto Poder Público e enquanto sociedade civil) com os interesses sociais em sentido lato (interesse público, interesses difusos e interesses coletivos) e os individuais indisponíveis, notadamente os relativos aos direitos fundamentais, cujas satisfações lhe incumbe perseguir, inclusive na via judicial e por intermédio das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos referidos ao seu povo.

Logo, aceito que as funções estatais, no sentido que se enfatizou, pertinem imediatamente ao ente público e à comunidade, imperioso concluir que é *ordinária* a legitimação das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos para demandar a tutela jurisdicional em favor do interesse público, dos interesses difusos, dos interesses coletivos e também de alguns interesses individuais indisponíveis. Em segundo lugar, portanto, é

*legitimado ordinário o titular de função cujo desempenho seja diretamente afetável pelo provimento jurisdicional. Cuida-se de legitimação ordinária que se pode chamar de funcional. Esta legitimidade ordinária funcional, por sua vez, pode ser dividida em individual, quando diga respeito à tutela de certos direitos individuais indisponíveis, e transindividual, quando diga respeito à tutela do interesse público e dos interesses difusos e coletivos. São exemplos de legitimação ordinária funcional individual a conferida para promover pedido de interdição de pessoa incapaz que se enquadre nas hipóteses do art. 1.767 do Código Civil (art. 1.768 do CC e art. 1.177 do CPC), a conferida para pleitear internação psiquiátrica compulsória de pessoa acometida de transtorno mental (art. 6º., parágrafo único, inciso III, combinado com o art. 9º., ambos da Lei n. 10.216/2001) e a conferida para impetrar *habeas corpus* em favor de terceiro (art. 654, *caput*, do Código de Processo Penal)¹⁵⁷. Outrossim, são exemplos de legitimação ordinária funcional transindividual, entre outros, a conferida para a propositura de ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade (artigos 36, inciso IV, e 103, *caput*, da CF/1988), a conferida para a propositura de ação civil pública ou coletiva (art. 5º. da LACP e art. 82 do CDC)¹⁵⁸, a conferida para a propositura de ação penal, de iniciativa pública ou privada (art. 129, inciso I, da CF/1988, art. 100, *caput* e §§ 2º. e 3º., do CP, artigos 29 e 30 do CPP e art. 80 do*

¹⁵⁷ Fala-se que o *habeas corpus* tem natureza de ação de caráter popular. Percebe-se assim que, tendo em vista o valor *liberdade* que ele envolve, optou-se por reconhecer ampla legitimação à sua impetração (MENDES, 2010b, p. 629). Sem prejuízo, ainda compete a juízes e tribunais concederem a ordem de *habeas corpus* de ofício, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, nos termos do art. 654, § 2º., do CPP.

¹⁵⁸ A compreensão da legitimação para o ajuizamento de ação civil pública ou coletiva como ordinária funcional transindividual é capaz de integrar, a um só tempo, os fundamentos elencados pelas três vertentes indicadas anteriormente que defendem a natureza ordinária dela (ver *supra*, 4.1), as quais parecem ser não colidentes, mas complementares, constituindo olhares de diferentes ângulos para um mesmo fenômeno.

DC)¹⁵⁹ e a conferida a órgãos estatais despersonalizados para ajuizar ações em defesa de suas prerrogativas institucionais.¹⁶⁰

Cabe registrar que, na proposta classificatória aqui esboçada, os esquemas de legitimação ordinária pessoal e funcional ainda convivem harmonicamente com a técnica da legitimação extraordinária ou substituição processual, mediante a qual se atribui a alguém o poder de demandar ou ser demandado em relação a esfera jurídica de titularidade de outrem, nada havendo de incompatível entre tais figuras. Ademais, o que diferencia a legitimidade ordinária funcional individual da substituição processual, já que em ambas, em princípio, o legitimado busca tutela em favor de interesse alheio, são a *finalidade da outorga de legitimação* e a *natureza da situação objeto de tutela*.

Enquanto na substituição processual deve haver algum liame entre a esfera jurídica do substituído e uma posição jurídica própria do substituto, e portanto uma *finalidade de tutela reflexa* desta posição jurídica, embora com primazia para a esfera jurídica do substituído¹⁶¹, na legitimação ordinária funcional individual a *finalidade é precipuamente protetiva e altruística*, voltada tão-só à preservação do

¹⁵⁹ Na linha do pensamento de AURY LOPES JR. (2009, p. 359, 387), entendido que o Estado exerce o poder-dever de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, tanto o Ministério Público como o querelante exercitam um poder que lhes é próprio, qual seja, o poder de acusar (*jus ut procedatur*). Logo, o acusador, público ou privado, detém apenas a pretensão acusatória. Nos delitos de ação penal de iniciativa privada, o particular é titular dela e exerce o seu direito de ação sem que exista delegação de poder ou substituição processual. Em outras palavras, atua um direito próprio (o de acusar), da mesma forma que o faz o Ministério Público nos delitos de ação penal de iniciativa pública. Não há que se falar em substituição processual. O único adendo que se faz à lição do citado processualista é que o direito subjetivo público de ação penal de iniciativa privada representa ao querelante o título para o exercício de uma função (MARQUES, 1965, p. 10), isto é, a função acusatória, essencial ao sistema acusatório. Por conseguinte, a sua legitimação, tal qual a do *Parquet*, é ordinária funcional transindividual.

¹⁶⁰ Que costumam ser também chamadas de “direitos-função” por parcela da doutrina e da jurisprudência e que são deferidas aos órgãos como instrumentos para o cumprimento de seus fins públicos. Para aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura do interessantíssimo estudo de CLAYTON MARANHÃO (2004) acerca da tutelabilidade judicial da honra objetiva do Ministério Público.

¹⁶¹ Conforme se depreende da sistematização exposta *supra*, no início da seção 4, referente às hipóteses de legitimação extraordinária contempladas no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: a) legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses, em que coexistem legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária; b) legitimidade extraordinária atribuída em função do vínculo que o legitimado extraordinário e o legitimado ordinário mantêm entre si, em relação ao direito questionado, geralmente em razão da sucessão; c) a outorga de legitimidade extraordinária decorre de uma situação jurídica que o legitimado ocupa, que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios; e d) atribui-se legitimidade extraordinária também como forma de proteção dos interesses do próprio substituto, diante da inércia do substituído (DIDIER JR., 2005, p. 260-261). Na ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, que a doutrina praticamente à unanimidade vê como caso de substituição processual (*supra*, 4.1), também se pode notar finalidade de tutela reflexa de posições jurídicas dos substitutos previstos no art. 82 do CDC, consistentes nas próprias funções que desempenham e que assim os vinculam aos beneficiários, e primazia para as esferas jurídicas dos inúmeros substituídos, o que resta evidenciado pelo preceito do art. 91 do diploma legal.

direito alheio. Por outro lado, enquanto na substituição processual há em regra um *conflito de interesses comum, de qualquer natureza*, pondo em lados opostos sujeitos individualizáveis, e o substituto se engaja na defesa da esfera jurídica de um deles, justamente o substituído, em processo de índole contenciosa, na legitimação ordinária funcional individual sempre se estará diante de *controvérsia relativa a direitos indisponíveis*, não lhe sendo estranha inclusive a situação em que *dois ou mais direitos de um mesmo titular estejam em jogo e colidam entre si*, e o exercício de um deles se mostra incompatível com o exercício do(s) outro(s). É o que acontece nos exemplos trazidos pouco acima, de interdição de pessoa incapaz e de internação psiquiátrica compulsória de pessoa acometida de transtorno mental, em que o direito de liberdade (de gestão da própria vida civil, de locomoção) é cerceado no propósito de preservar a dignidade e os direitos à saúde, à integridade física e mental e de propriedade. Por isso, a legitimidade ordinária funcional individual aparece notadamente, conquanto não exclusivamente, na jurisdição voluntária. Finalmente, tendo em conta esses critérios diferenciadores, é possível afirmar que a legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo visando à defesa de direitos individuais indisponíveis é sempre *ordinária funcional individual*, e não *extraordinária*, além de concorrente e disjuntiva com a legitimidade do favorecido. Consequentemente, sua legitimação não necessita de previsões legais específicas concernentes a cada matéria de atribuição do *Parquet*, podendo ser inferida diretamente da regra geral do art. 127 da Constituição Federal, que lhe comete aquela atividade como função institucional.

Eis um ponto importantíssimo: muitas vezes, a lei processual que define um quadro de legitimados para a propositura de certas ações tem *eficácia meramente declarativa*, pois tão-somente *reconhece que o substrato material da situação legitimante (titularidade de função) preexiste no ordenamento substancial e que a legitimação (ordinária funcional) para agir em juízo lhe é uma consequência natural*. Assim, apenas a *explicita*. Usa-se novamente o exemplo do Ministério Público, que tem suas linhas mestras traçadas no supracitado art. 127 da CF/1988. As *funções de que é titular* dizem respeito ao *plano material constitucional-administrativo* e, cotidianamente, podem ser exercidas sem a necessidade de invocar a prestação jurisdicional, como ocorre na proteção de interesses transindividuais por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou da expedição de recomendação administrativa. A lei, nesses casos, é até

despicienda, tendo mais *caráter didático e enunciativo*. Sua inexistência não tolheria a legitimidade para agir do *Parquet*, que é decorrência da titularidade de função delineada constitucionalmente, passada ao plano processual.

Outras vezes, no entanto, a lei processual que define um quadro de legitimados tem *eficácia constitutiva*, devendo-se entender então que ela *simultaneamente cria o substrato material da situação legitimante (titularidade de função) no ordenamento substancial e reconhece a legitimação (ordinária funcional) para agir em juízo*. Veja-se, por exemplo, a Defensoria Pública, inserida no rol do art. 5º. da LACP pela Lei n. 11.448/2007. De seu traçado constitucional, gizado no art. 134, *caput*, da CF/1988, não é dado extrair diretamente o papel institucional de encarregada da defesa de interesses transindividuais, que lhe foi conferido justamente pela lei ordinária. Tal atribuição opera também no plano substancial, permitindo-lhe, dentre outras atividades, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, nos moldes do art. 5º., § 6º., da LACP. A ausência de lei, aqui, retirar-lhe-ia tanto a legitimidade para agir quanto a própria novel função.

De todo o exposto até o momento, sobressai óbvio que a legitimação para agir não é um instituto jurídico puramente técnico e política e socialmente neutro. Ao revés, seu desenho em cada ordenamento jurídico depende da articulação e da compatibilização dos escopos jurídico-técnico, jurídico-políticos e jurídico-sociais do sistema processual jurisdicional¹⁶², pautadas no *modelo de Estado plasmado no Texto Constitucional*.

Preleciona WALTHER J. HABSCHEID (1978, p. 118) que, para se realçarem as bases do Direito Processual Civil, faz-se necessário partir do fato de que ele é, em nosso tempo, uma instituição do Estado. O Estado encarna a organização social, o Direito Processual reflete as noções éticas, ideológicas e políticas que caracterizam uma dada sociedade. Conseqüentemente, o Direito Processual Civil não pode e não deve ser considerado de forma isolada, mas, na verdade, englobado em tais ideais e concepções, que se expressam na ordem constitucional. Aproximar-se do Direito Processual sem levar em consideração tais fundamentos significa fechar os olhos diante do fato de que ele é um dos domínios do Direito onde as bases do “sistema” se refletem mais claramente.

¹⁶² Sobre os escopos do sistema processual jurisdicional e sua influência sobre a técnica processual, em especial no que tange à definição das condições da ação, ver *supra*, 2.1 e 3.3.

Com efeito, nota-se que no chamado *Estado Liberal*, expressão maior do individualismo, da liberdade e do abstencionismo estatal, privilegia-se no Processo Civil a *legitimidade ordinária pessoal*, pois cada sujeito é livre para usar ou não o seu direito, como melhor lhe aprouver. Cabe ao titular de um interesse, sentindo-se ameaçado ou lesionado, e se assim o quiser, buscar a tutela jurisdicional. O Estado não se preocupa em corrigir e coibir a maioria das condutas antijurídicas, porquanto se compreende que elas afetam imediatamente apenas os direitos ou interesses dos indivíduos, e não a integridade do sistema normativo; por isso, são os seus titulares que melhor podem julgar a conveniência e a oportunidade de invocar a atuação do Poder Judiciário. Ademais, a indiscriminada intromissão estatal nas desavenças entre os particulares traria o sério risco de mais inquietar do que pacificar. Sufraga-se o raciocínio de que, em muitas matérias não-penais, tem-se como correspondente à vida normal dos direitos (sua *fisiologia*) o desenvolvimento de todo o ciclo vital independentemente da interferência estatal autoritativa; só nos casos *patológicos* é que, insatisfeita uma das pessoas, vem ela a provocar o exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2005, p. 201, 212).

Prevaecem, no jogo dos escopos do sistema processual jurisdicional, a *garantia da liberdade* (escopo jurídico-político) e a *preservação da paz social* (escopo jurídico-social), em detrimento da *afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento* (escopo jurídico-político).

Ao contrário, quanto mais elevado o grau de intervencionismo estatal, maior a atribuição a órgãos públicos da tarefa de processar os infratores da lei, que pode ocorrer pela consagração de modelos procedimentais inquisitórios, com poderes conferidos ao juiz para atuar *ex officio*, ou pela criação de agências específicas incumbidas da persecução civil e/ou penal. Abre-se amplo espaço para a *legitimidade extraordinária* e para a *legitimidade ordinária funcional*. É teoricamente possível imaginar um *Estado Autoritário* que privilegie sobremaneira a afirmação de seu poder e da autoridade do seu ordenamento a ponto de submeter todo e qualquer ilícito, mesmo civil, à persecução pública. Mas exemplos reais podem melhor elucidar o ponto.

O processualista germânico FRIEDRICH LENT (apud DINAMARCO, 2005, p. 60, nota 87) observa que, nos tempos do nacional-socialismo, por *motivos políticos*, o Ministério Público dispunha de legitimação bastante ampla.

No autoritarismo de esquerda, nos Estados Socialistas, não era o indivíduo, enquanto tal (diversamente do que ocorre nos Estados Liberais), o sujeito do processo, mas sim o particular, enquanto membro da sociedade, de uma classe (e, aqui, a classe operária se coloca em primeiro plano). Por esta razão, os próprios deveres dos tribunais eram concebidos de forma diversa daquela em que o são nos Estados Liberais. Não mais se tratava aí de impor um direito *subjetivo*, senão de se fazer respeitar a ordem do Direito *objetivo* e realizar os conceitos socialistas regradores dos sistemas político e econômico, protegendo, em tal contexto, a propriedade socialista (que tinha qualidade diversa da propriedade privada). Além disso, a justiça socialista devia responder a outro objetivo: educar o indivíduo. Efetivamente, em conformidade com a doutrina do marxismo-leninismo, a política e o Direito poderiam modificar a consciência dos homens e os educar na direção do pensamento e da ação socialistas. Tal princípio estava claramente definido no art. 3º. dos fundamentos do Processo Civil da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (no mesmo sentido, art. 2º., alínea 1, última frase, do Código de Processo Civil da antiga República Democrática Alemã – Alemanha Oriental). Verifica-se, desde logo, em que medida tais escopos fundamentais agiam sobre o desenvolvimento do Processo Civil nos países socialistas: era a máxima ou o princípio inquisitório que imperava; o Ministério Público (*Prokuratura*) tinha grandes possibilidades de intervenção em um processo, podendo mesmo agir como autor, se os interesses do Estado ou da sociedade o exigissem. Encontrava-se, igualmente, uma participação no processo de representantes de organizações sociais e da coletividade de trabalhadores, os quais expunham ao tribunal seus pontos de vista, tendo em mira o assunto a decidir (DINAMARCO, 2005, p. 210-211; HABSCHEID, 1978, p. 118-119).

Neste caso, valoriza-se mais a *autoridade do Estado e do seu ordenamento* (escopo jurídico-político) e menos a *garantia da liberdade* (escopo jurídico-político) ou a *preservação da paz social* (escopo jurídico-social).

O modelo do Estado Democrático de Direito, ao seu turno, consagrando princípios como os da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da democracia participativa e da solidariedade, atinge o ponto ótimo de equilíbrio entre os três grupos de escopos (jurídico-técnico, jurídico-políticos e jurídico-sociais).

Da afirmada natureza pública do Direito Processual e suas tendências à publicização crescente poderia decorrer a ideia de uma extremada concentração de poderes na pessoa do juiz, seja para a iniciativa do processo, seja para o impulso ou a investigação probatória. Se bem que é vigoroso postulado do Estado contemporâneo a participação efetiva do juiz, que não deve se postar como mero espectador do duelo entre as partes, uma série de temperamentos a essa imaginável posição de *dominus* é de intuitiva necessidade. Sabe-se que o princípio da demanda e o dispositivo constituem limitações indispensáveis ao exercício da jurisdição, no sentido de que o juiz não exerce o seu mister *ex officio*, nem se considera inteiramente solto na relação processual, livre para investigar os fatos segundo os ditames de sua curiosidade. Um dos fundamentos dessas limitações é a exigência de *imparcialidade* e o temor de que, compondo o próprio juiz o objeto do processo, sobre o qual se pronunciará depois, ou se envolvendo no empenho de comprovar proposições de fato relevantes para a causa, acabe por assumir uma postura emocional no processo, sem condições espirituais para o julgamento sereno. Não obstante o grande peso da imparcialidade, a visão publicista, apoiada nos compromissos do processo com a ordem pública, poderia afastar ou ao menos enfraquecer essas razões de inércia judicial. O princípio da demanda e o dispositivo têm seu inegável valor, mas não são suficientes, em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado (DINAMARCO, 2005, p. 199-200).¹⁶³

¹⁶³ Outras razões mais fortes também impuseram a adoção de modelo acusatório no processo penal condenatório. Viu-se, com o Direito Canônico e a Inquisição, que sistema inquisitivo e interesse na sedimentação de certa e determinada ordem política caminham juntos. Esse sistema é favorável ao controle de poder. É secreto, escrito, iniciado e conduzido como quer o inquisidor. Tudo no procedimento canônico inquisitório conduzia à parcialidade nos julgamentos. A tortura era meio de prova não exclusivo dos tribunais canônicos, estando presente nas demais legislações absolutistas. A prática do tormento era bastante burocrática, e antes de aplicada já se previa a intensidade do sofrimento que seria infligido, o qual não se restringia à dor física. Tudo em um procedimento canônico inquisitório era agonizante (COSTA, 1998, p. 67). A “processualização” do poder-dever de punir do Estado atende aos sempre presentes anseios de proteger a liberdade individual frente aos possíveis abusos dos órgãos persecutórios penais. Também a tutela da liberdade é um meio de o Estado atingir o seu fim último, qual seja, o bem comum das pessoas que vivem em sociedade. A estruturação acusatória do processo penal condenatório e a exigência da instrução contraditória são alguns dos postulados básicos do Estado de Direito que se refletem no *jus puniendi* estatal, como forma de resguardar a liberdade pessoal. Trata-se de uma posição de compromisso. Se é verdade que o Estado deve punir aqueles que delinquiram, não menos verdade é que o deve fazer de forma justa e segura. Destarte, ao exigir que o poder-dever de punir seja submetido ao crivo processual, o Estado de Direito fez uma sábia opção em prol da segurança e da justiça. Sem dúvida nenhuma seria mais eficaz a repressão penal se a pena fosse aplicada administrativamente. Entretanto, dúvida também não há de que, se assim fosse, estar-se-ia instaurando o império do medo e da prepotência.

Mas as explicações meramente jurídicas da destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição. Saia-se do plano do Direito e passe-se ao da sociedade ao qual ele se destina, e então se sentirá que seria inteiramente inaceitável e mesmo logicamente sem explicação a busca da paz entre pessoas em um caso concreto, sem saber se elas estão em real conflito. Não constitui reflexo de algum liberalismo político a entrega dos interesses a seus titulares, para que venham ou deixem de vir em busca de proteção jurisdicional. É, ao contrário, o resultado da secular intuição de que a indiscriminada intromissão estatal nas situações correntes entre os indivíduos traria em si o seríssimo risco de mais inquietar do que pacificar: esta seria uma atitude absorvente do Estado paternalista, também incompatível com os postulados da democracia. Daí a regra da inércia dos órgãos jurisdicionais, completada pela disponibilidade da ação civil ou penal de iniciativa privada. O equilíbrio do sistema é proporcionado mediante a técnica da *ação de iniciativa pública* a cargo do Ministério Público, que também é agente estatal e recebe *legitimatio* para as causas envolvendo direitos e interesses que extrapolem a esfera jurídica dos indivíduos; no caso de lesão ao meio ambiente e a outros direitos difusos, a legitimidade das associações constitui também um fator de equilíbrio (elas são *intermediárias* entre o indivíduo e o Estado e responsáveis por um patrimônio que nem sempre é de toda a sociedade, mas individual não é). Fora disso, a regra da iniciativa de parte é complementada pela legitimação individual, com esse espírito de que o melhor juiz da conveniência de buscar satisfação a interesses é o próprio titular destes (DINAMARCO, 2005, p. 200-201).

Como se salientou no primeiro parágrafo deste tópico, uma ótica da legitimidade para agir comprometida com a Constituição é capaz de fornecer indeclináveis parâmetros materiais para o controle da atividade do legislador ordinário no tocante à sua definição jurídico-positiva. Esta, aliás, é sua principal e mais importante consequência, permitindo a fiscalização conteudística, e não só procedimental, da constitucionalidade de leis que indevidamente restrinjam ou ampliem a legitimação, conforme o caso. Os parâmetros identificáveis em nossa Carta Magna podem ser sintetizados em três premissas basilares:

Sob certo aspecto, o processo penal condenatório representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal (JARDIM, 2001, p. 17-18).

1) *A legislação infraconstitucional não pode restringir legitimação conferida expressamente pela Lei Maior e nem ampliá-la nas hipóteses em que essa atribuição é feita de forma taxativa.*¹⁶⁴

Trata-se de premissa bastante óbvia em sua enunciação e que necessita, para a correta aferição, não só da verificação dos limites semânticos de cada dispositivo legitimador, mas da exegese do Texto Constitucional como um todo.

Destarte, por exemplo, é vedado ao legislador restringir a legitimidade de partido político com representação no Congresso Nacional ou de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída desde pelo menos um ano para a impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º., inciso LXX, da CF).¹⁶⁵ Nada parece impedir, contudo, que amplie a legitimidade para o manejo de tal remédio constitucional a outros entes, uma vez que a fórmula linguística do dispositivo que o consagra, ao utilizar o verbo “poder”, deixa transparecer um caráter não-taxativo da legitimação, que não é contrariado por nenhuma outra diretriz constitucional. Ainda que se pensasse o contrário, cabe destacar que os legitimados para a propositura de ações civis públicas ou coletivas (art. 5º. da LACP e art. 82 do CDC), nos moldes do art. 5º., inciso XXXV, da CF/1988 e do art. 83 do CDC, podem se valer de qualquer tipo de ação (*rectius*: pleitear qualquer tipo de tutela jurisdicional) capaz de proporcionar adequada e efetiva proteção aos direitos buscados judicialmente, o que por certo inclui a ação mandamental. Cuidar-se-ia, então, figurativamente, de mera proibição do uso do “rótulo” *mandado de segurança coletivo*, mas não do “produto” em si.

Hipóteses de legitimação taxativa, por outro lado, são a conferida para a propositura das ações referentes ao controle concentrado de constitucionalidade (artigos 36, inciso IV, e 103, *caput*, da CF/1988), a conferida para a propositura da ação popular (art. 5º., inciso LXXIII, da CF/1988) e a conferida para a propositura de ação penal de iniciativa pública (art. 129, inciso I, da CF/1988).

¹⁶⁴ Para estudo abrangente sobre a legitimidade *ad causam* na Constituição Federal de 1988, consulte-se GELSON AMARO DE SOUZA (1996).

¹⁶⁵ Não se veda, todavia, a imposição de exigências relacionadas à *pertinência temática*, entendida como a correlação ou adequação existente entre o interesse que se busca tutelar e as finalidades institucionais do legitimado, que se insere no *interesse de agir*, mais propriamente no *interesse-utilidade* (GALLOTTI, 2006, p. 169-170). Sobre as condições da ação como conformação ou limitação legítima do direito de ação (inclusive mandamental), ver *supra*, 3.3.

No que concerne às primeiras, as peculiaridades do controle concentrado de constitucionalidade, que caracteriza um processo objetivo de fiscalização da compatibilidade vertical de leis e atos normativos, de índole jurídico-política, justificam que a iniciativa para sua deflagração seja autorizada somente a determinados órgãos e agentes de Poderes do Estado (art. 103, incisos I a V) e de funções essenciais à justiça (art. 36, inciso IV, e art. 103, incisos VI e VII), bem como a certos entes representativos de grupos ou setores da sociedade civil (art. 103, incisos VIII e IX). Fora desse rol, apenas se abre a via do controle difuso de constitucionalidade, utilizável relativamente a qualquer caso concreto.

Quanto à ação popular, a Lei Maior expressamente condiciona a legitimidade para sua propositura ao *status* jurídico-político de cidadão. Portanto, somente o detentor de tal específica qualidade, isto é, o eleitor no gozo de seus direitos políticos, está apto a ajuizá-la. Isso não tolhe, no entanto, a iniciativa de ingresso em juízo de outros entes ou órgãos para pleitear tutela jurisdicional em prol dos mesmos interesses de que a ação popular se ocupa, desde que por meio de instrumentos processuais diversos, como ocorre com a ação civil pública ou coletiva.

No que tange à ação penal de iniciativa pública, o art. 129, inciso I, da CF/1988 é claro ao atribuir sua titularidade *privativamente* ao Ministério Público, excluindo assim dela qualquer outro ente ou órgão estatal. A *singular exceção* a esse monopólio está no art. 5º., inciso LIX, segundo o qual “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (SANTIN, 2012). A Lei Maior não delineia com minúcias a chamada *ação penal privada subsidiária da pública*, deixando por conseguinte ao legislador ordinário amplo poder de conformação. Dito poder, entretanto, não é absoluto e deve respeitar os limites *semânticos* e *sistemáticos* do dispositivo, em sua conjugação com o art. 129, inciso I, quais sejam: a legitimação para o ajuizamento de ação penal subsidiária há obrigatoriamente que ser concedida a *entes privados, e nunca públicos*, pois o único órgão público que pode exercer o *jus accusationis* é o *Parquet*.¹⁶⁶

Disso resulta que o art. 80 do Código de Defesa do Consumidor está sujeito a *declaração parcial de nulidade com redução de texto* no ponto em que faz

¹⁶⁶ VALTER FOLETO SANTIN (2012) afirma que o Ministério Público possui legitimidade política e processual para a ação penal de iniciativa pública. É o ente estatal legítimo, autêntico e lícito para tal mister, reconhecido e habilitado constitucionalmente e também por suas normas estatutárias.

remissão ao art. 82, inciso III, do mesmo diploma, permitindo a propositura da ação penal subsidiária, nos casos de crimes e contravenções envolvendo as relações de consumo, a entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses dos consumidores.

Finalmente, tratando-se de legitimação constitucional não-taxativa, como é a conferida para o ajuizamento de ações civis públicas ou coletivas, por expressa disposição do art. 129, § 1º., da Carta Magna, nada obsta sua ampliação por lei. Mostra-se assim infundada a alegação de inconstitucionalidade da previsão do art. 5º., inciso II, da LACP, introduzido pela Lei n. 11.448/2007, que outorgou legitimidade à Defensoria Pública para propor aquelas ações.¹⁶⁷ O que se pode indagar, em cada processo coletivo concreto em que essa instituição atua como autora, é se os interesses cuja tutela ela almeja são compatíveis com suas atribuições funcionais, delineadas no art. 134, *caput*, da CF/1988, traduzindo já averiguação da *pertinência temática*, e portanto do *interesse de agir*.

2) *A legislação infraconstitucional não pode restringir de modo desproporcional a tutela jurisdicional coletiva.*

Conforme se frisou alhures, o Estado Democrático de Direito exsurge como o ambiente privilegiado de uma interação justa e equilibrada entre as esferas pública e privada, repercutindo na equitativa divisão de responsabilidades entre o Poder Público (Estado como pessoa jurídica ou aparato organizado) e a sociedade civil (Estado como comunidade), em uma dimensão política liberal-democrática e social solidarista. No caso específico do Estado Brasileiro, é o que se depreende inequivocamente da leitura das promessas trazidas no art. 3º. da Lei Maior, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Assim, preconiza-se um compromisso irrevogável do Estado (enquanto Poder Público e enquanto sociedade civil) com os interesses sociais em sentido lato (interesse público, interesses difusos e interesses coletivos),

¹⁶⁷ O dispositivo é objeto de questionamento em ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 3943) movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) no Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

cujas satisfações lhe incumbe perseguir, inclusive na via judicial e por intermédio das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos referidos ao seu povo.

Logo, aceito que as funções estatais pertinem imediatamente ao ente público e à comunidade, imperioso concluir que é *ordinária (funcional transindividual)* a legitimação das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos para demandar a tutela jurisdicional em favor do interesse público, dos interesses difusos e dos interesses coletivos, estando eles por conseguinte amparados pelo art. 5º., inciso XXXV, da Lei Maior para fazer valer suas posições funcionais.

Não bastassem essas constatações, o art. 129, § 1º., da CF/1988 traz verdadeira *cláusula de abertura da legitimação para a tutela jurisdicional coletiva*, ao preconizar que a legitimidade do Ministério Público para a propositura das ações civis previstas no *caput* do artigo (incisos III, IV e V), todas de natureza coletiva, não exclui a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto no próprio Texto Fundamental e na legislação infraconstitucional.

É possível inferir, portanto, a existência de um *regime privilegiado* instituído na Constituição da República de 1988 para a tutela coletiva, vedando ao legislador a oposição a ele de óbices injustificados, isto é, que não atendam o *postulado da proporcionalidade*, na tríplice perspectiva da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.¹⁶⁸

Emblemático caso de óbice injustificado, e assim *desproporcional e inconstitucional*, é o parágrafo único do art. 1º. da Lei n. 7.347/1985, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, que, sem apontar qualquer razão jurídica de relevo, exclui o cabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. O singelo fato de serem identificáveis os favorecidos não retira de seus direitos coletivos e individuais homogêneos tais feições, mostrando-se evidentes o cabimento e a adequação da tutela jurisdicional coletiva e, conseqüentemente, a legitimidade dos arrolados no art. 5º. da LACP e no art. 82 do CDC para invocá-la.

¹⁶⁸Sobre o postulado da proporcionalidade, ver *supra*, 3.3.

Outro exemplo de óbice injustificado está no art. 2º.-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997, introduzido neste diploma legal também pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, cujo teor é o seguinte: “Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. KAZUO WATANABE (2001, p. 761) e MARINONI e ARENHART (2003, p. 759-760, nota 3) asseveram ser inconstitucional a disposição, pois viola os princípios da isonomia e do acesso à justiça, além de distorcer completamente a natureza dos direitos coletivos, transformando-os, somente quando em face daquelas pessoas jurídicas, em direitos individuais. Sustentam que a regra só poderia ser aplicada quando a associação estivesse em juízo demandando interesses individuais e privados dos seus associados, caso em que, efetivamente, a representação depende de expressa autorização assemblear.

3) *É possível extrair diretamente da Constituição ou do modelo de Estado nela plasmado os substratos materiais que se traduzem processualmente em situações legitimantes ensejadoras da legitimidade ordinária (pessoal e funcional).*

Quer-se dizer com isso que é possível identificar a *titularidade de esfera jurídica* ou a *titularidade de função* por meio da interpretação constitucional, a qual, de acordo com EROS GRAU (2009, p. 279-282), não é exclusivamente do texto da *Constituição escrita*, da *Constituição formal*, mas da *Constituição real*, compreendida como expressão do *ser político do Estado*, atividade em que o intérprete não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a *constituição* do povo ao qual ela corresponde.

Pouca ou nenhuma dúvida levanta a identificação da *titularidade de esfera jurídica*, posto que, sempre que se tratar de discussão acerca de direitos individuais, ainda que constitucionais e mesmo quando implícitos ou decorrentes do sistema, haverá a possibilidade de os referir a um ou mais sujeitos determinados, que serão exatamente os titulares das esferas jurídicas em questão.

Também pouca ou nenhuma dúvida levanta a identificação da *titularidade de função* quando ela vem delineada no texto da Constituição, ainda que em formulação mais genérica, tal como ocorre com o Ministério Público no art. 127 e

com a Defensoria Pública no art. 134, *caput*. A partir deles já se pode extrair, por via interpretativa, uma ampla gama de funções para as instituições em apreço.

Porém, retomando argumento que se enfatizou antes, a *função do Estado* deve ser vista com caráter *substancial e não privativo do aparelho burocrático público*, o que implica como corolário a constatação de que algumas funções surgem espontaneamente no seio da sociedade e são meramente “referendadas” pelo ordenamento jurídico, como manifestação prática das disposições contidas no art. 1º., *caput*, inciso V, e parágrafo único, da Carta Magna, que consagram o pluralismo político e a máxima de que “todo o poder emana do povo”.

Dentre essas funções surgidas espontaneamente no seio da sociedade, merecem destaque as desempenhadas pelos chamados *novos movimentos sociais*, considerados pelos estudiosos *novos sujeitos sócio-históricos*, que emergem de uma “subjetividade” intersubjetiva e se constituem a partir de uma certa comunidade de vida, desde uma comunidade linguística, uma certa memória coletiva de gestos de libertação, necessidades e modos de consumo semelhantes, uma cultura com alguma tradição ou projetos históricos concretos aos quais se aspira em esperança solidária. Os participantes podem falar, argumentar, comunicar-se, chegar a consensos, ter corresponsabilidade, consumir produtos materiais, ter desejos de bens comuns, ansiar por utopias, coordenar ações instrumentais ou estratégicas, “aparecer” no âmbito público da sociedade civil com um rosto semelhante que os diferencia dos outros (CORRÊA, 2004, p. 97; DUSSEL, 2007, p. 531).

Segundo ANTONIO CARLOS WOLKMER (1997, p. 124-125), os novos sujeitos coletivos aqui tratados não são quaisquer movimentos sociais momentâneos e pouco estruturados, de reivindicação ou de protesto, mas aquelas estruturas sociais mais permanentes e estáveis que corporificam uma nova forma de fazer política. Trata-se de novos movimentos sociais que reúnem um conjunto de características comuns, unidas por uma lógica organizacional democrático-coletivista composta pela identidade de objetivos, valores, formas de ação e atores sociais, critérios que permitem qualificá-los como “novos” para distingui-los das antigas práticas reivindicatórias imediatistas de ação coletiva. O “novo” se refere à ação consciente e espontânea posta em movimento, representada por grupos associativos e comunitários, como os movimentos dos “sem-terra” (rural e urbano),

dos negros, das mulheres, dos direitos humanos, dos ecólogos, dos pacifistas e dos religiosos (Comunidades Eclesiais de Base). O “novo” está no fato de se tratar de manifestações com capacidade de surgir “fora” da cena política institucional, fundadas em razões que não só transcendem os estreitos interesses de produção e consumo, mas, sobretudo, compõem uma nova identidade coletiva, capaz de romper com a lógica do paradigma social dominante e se libertar das formas opressoras de manipulação e cooptação, criando alternativas implementadoras de práticas democráticas participativas. Em meio às possibilidades entreabertas, o caráter inovador favorece as condições que permitem esboçar uma conceituação desses movimentos sociais, enquanto categoria operacional. Assim sendo, os novos movimentos sociais devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais.

Ainda na lição de WOLKMER (1997, p. 128, 130), a constituição de identidades coletivas espontâneas, informais e descentralizadas tende, de um lado, a rejeitar procedimentos formalizados e padrões hierarquizados representados pelos mecanismos de delegação mandatária, e, de outro, a superar o quadro institucional vigente, marcado classicamente pelo poder ordenador do Estado. As ações mediatizadas por “vontades coletivas”, ao transcenderem os mecanismos de representação política, alargam o espaço de interação pública, definem novas fontes de legitimidade, politizam progressivamente a vida social e imprimem novas formas de relações e de organização social que independem dos padrões ritualizados da “institucionalização” convencional. Na medida em que os movimentos sociais constituem segmentos transformadores, matizados tanto por uma “mínima” padronização institucional quanto por um perfil flexível, adaptativo e não-autoritário, não implicam eles, os movimentos, necessariamente a institucionalização, que limita e restringe o seu poder social. A institucionalização não precisa ser absolutamente erradicada, desde que respeite a natureza, a autonomia, a identidade e a dinâmica dos grupos coletivos e comunidades alternativas. Por outro lado, o que importa reter é que, não obstante os movimentos se contraponham às diversas formas de institucionalização (partidos políticos, organizações sindicais e agências ou órgãos estatais), não se pode deixar de reconhecer que os mesmos intrinsecamente enfrentam contradições e ambiguidades inerentes à sua própria condição, que há de

ser tipificada como de “baixo nível ou grau de institucionalização”. O que permite afirmar que uma “certa” ou “mínima” institucionalização presente em processos históricos e permanentes, mediatizados pelos novos movimentos sociais, não descaracteriza a natureza de sua identidade autônoma e emancipatória.

Eles não são necessariamente uma instituição com personalidade jurídica própria, mas momentos de uma microestrutura de poder, de instituições, de sistemas funcionais produtivos, de classes sociais, de etnias, de regiões, de povos inteiros, de nações, de países etc. Após a tomada de consciência ético-crítica da situação opressora vivida e da negação de vida a seus membros, estes grupos adquirem a corporalidade de sujeito sócio-histórico. Somente a partir dessa corporalidade é que podem ser vistos e ter seus direitos reconhecidos, transformando assim a realidade, de forma a criar um novo mundo, factível, onde todos possam ser inseridos, tanto “o Mesmo” quanto “o Outro”. Não através de violência, por revolução ou anarquismo, mas por meio do reconhecimento e da aplicação do Direito, legal ou principiológico, ainda que para isso se faça necessária uma resistência pacífica. Assim, não se espera dos novos sujeitos coletivos de direito que superem sua exclusão social, cultural e política por meio de lutas armadas, mas através da luta pelo reconhecimento de seus direitos enquanto pessoa humana - enfeixada em um grupo de pessoas humanas com direitos comuns - e que estes direitos sejam qualificados pela liberdade e pela igualdade de mesmo patamar que as daqueles que detêm o poder de excluí-los (CORRÊA, 2004, p. 97; DUSSEL, 2007, p. 531).

Para ELÍDIA APARECIDA DE ANDRADE CORRÊA (2004, p. 97), os movimentos sociais organizados, decorrentes da evolução sócio-histórica da sociedade, ainda que sem personalidade jurídica, têm legitimidade para buscar o reconhecimento de sua condição de sujeito de direito e de defender seus direitos contra todos, inclusive contra o grupo dominante. Por isso, o ordenamento de dada sociedade deve acompanhar a evolução social e criar meios e instrumentos, jurisdicionais ou não, para que os novos sujeitos de direito sócio-históricos possam exercer seus direitos ou, no desrespeito a eles, para que possam tutelá-los através do Direito oficial (aplicado pelo Poder Judiciário) ou do Direito não-oficial (instâncias comunitárias descentralizadas ou outros meios alternativos de solução de conflitos).

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (1994, p. 162-164, 168), por sua vez, assevera que a outorga de legitimação para agir a certos grupos organizados e

definidos, reconhecidos pelo Estado como *legítimos* portadores de certas massas de interesses, atende à preocupação estatal de evitar abuso na participação popular na gestão de certos assuntos que, em princípio, recaem na seara da Administração Pública ou do Ministério Público; de sorte que, ao cancelar a atividade dessas associações, admite-as no papel de “colaboradoras do bem comum”. Os interesses difusos, se recebem tal denominação, é justamente porque não são suscetíveis de agregação definitiva em grupos sociais pré-determinados; a *difusão* vem do fato de que esses interesses haurem sua legitimidade do simples fato de sua *relevância* para um conjunto mais ou menos indeterminado de indivíduos; quanto ao objeto, ele é insuscetível de atribuição ou fruição exclusiva. Em tais condições, parece mesmo contraditório exigir-se rigor formal na constituição dos grupos que se pretendem portadores desses interesses. De outra parte, uma das características desses interesses é sua tendência à rápida transformação, ou seja, muitas vezes eles têm que ser exercidos prontamente, não havendo tempo hábil para atendimento a rigorismos formais na constituição do grupo interessado. A existência da personificação jurídica do grupo, se é adequada às ações individuais, deve ser vista com certos temperamentos quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses supraindividuais, pela natureza mesma deles. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para obterem legitimação ativa, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinarem em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado. O que conta não é a existência legal do grupo portador, como pessoa jurídica, e sim a existência de certos dados *objetivos*, como a relevância social do interesse e a adequada representatividade do grupo portador.

Prossegue MANCUSO (1994, p. 169-171), aduzindo que o dogma da personalidade jurídica vem sendo repensado e vem perdendo muito de seu prestígio de outrora. Por um lado, a teoria da pessoa moral como *ficção* cedeu terreno à teoria chamada *realista*, esta sustentando que a personificação não deriva *ex lege*, e sim da capacidade objetiva do grupamento de se impor como expoente de um interesse coletivo. Por outro lado, afirma-se a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, pretendendo que a pessoa jurídica não deve perder sua *transparência*; a pessoa moral nada mais seria do que uma universalidade de bens e pessoas com o fito de *fazer coletivamente o que cada um dos seus integrantes poderia fazer individualmente*. Se uma tal evolução está se registrando no que tange às pessoas

jurídicas propriamente ditas, *a fortiori* se haverá de admitir que, em se tratando de grupos portadores de interesses difusos, não é relevante a questão da personalidade jurídica, recaindo a tônica na *importância social do interesse* (sua *legitimidade*) e na *representatividade do grupo*, como elementos objetivos ensejadores da legitimação para agir, até porque é curial que deve prevalecer a *tutela* desses interesses, antes que o mero reconhecimento da higidez jurídico-formal do grupo que deles se faz portador. A legitimação para agir, nesses “grupos ocasionais”, seria ainda ordinária, visto que a ação do grupo e os interesses difusos nela veiculados se tornam de tal modo indissociáveis que se pode dizer que o grupo age em nome próprio, por direito próprio.

Com efeito, tal qual preleciona CLAYTON MARANHÃO (2012, p. 5), as categorias do sujeito de direitos (no Direito Civil) e de parte (no Direito Processual) bem demonstram uma linguagem generalizante, abstrata, distante do mundo habitado por seres humanos de carne e osso, eis porque a dignidade humana deve ser resgatada. O “conflito” entre o ser humano de carne e osso e a categoria abstrata e generalizante do sujeito de direito resulta de uma “técnica” de codificação do campo jurídico, como uma “forma” de perpetuar o projeto da Modernidade, fazendo todos os diferentes, da noite para o dia, formalmente iguais perante a lei. Ademais, como bem lembra GELSON AMARO DE SOUZA (2005, p. 11), a dignidade do ser humano é fim e não meio. O Direito positivo é apenas meio para se chegar ao fim que é o respeito à dignidade da pessoa. A dignidade do homem é intangível, tratando-se de obrigação de todo o Poder Público respeitá-la e protegê-la.

Ora, na linha do que vem sendo defendido neste trabalho, considerando que o substrato material da situação legitimante, quanto aos direitos transindividuais, consiste na *titularidade de função*, e vindo esta a ser desempenhada por um movimento social, impende reconhecer, como consequência, a sua *legitimidade ordinária (funcional transindividual) para agir em juízo*, não obstante deixe de ostentar personalidade jurídica. Basta que se lhe reconheça a *personalidade judiciária*, o que não é nada incomum no sistema processual pátrio.

Observe-se que o art. 12 do Código de Processo Civil já contempla cinco hipóteses de entes desprovidos de *personalidade jurídica*, porém detentores de *personalidade judiciária* ou *capacidade de ser parte*: a massa falida (inciso III), a herança jacente ou vacante (inciso IV), o espólio (inciso V), as sociedades de fato (inciso VII) e o condomínio (inciso IX). Todos eles podem comparecer em juízo,

representados pelas pessoas expressamente indicadas na lei, para demandar ou ser demandados. Em acréscimo, vale notar que a jurisprudência tem se firmado no sentido de reconhecer ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), notório movimento social de âmbito nacional, tanto a personalidade judiciária quanto a legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ações possessórias.¹⁶⁹

Para se resolver o problema da capacidade processual dos movimentos sociais, é suficiente a aplicação analógica do inciso VII do art. 12 do CPC, tomando-se no lugar da pessoa responsável pela administração dos bens da sociedade de fato, mencionada no dispositivo, a(s) pessoa(s) incumbida(s) da liderança ou direção do grupo. Outrossim, caso se apresentem dúvidas sobre quem ocupa tal posição, faz-se viável o recurso à conhecida *teoria da aparência*.

Voltando-se ao tema da legitimação para agir dos movimentos sociais em prol de direitos transindividuais, frisa-se que ela se assenta em situação legitimante cujo substrato material, qual seja, a titularidade de função espontaneamente surgida no seio da sociedade, decorre do modelo de Estado Democrático de Direito acolhido positivamente pela Constituição da República de 1988, impondo uma *interpretação conforme* ao art. 5º. da LACP e ao art. 82 do CDC. Calha rememorar que, muitas vezes, a lei processual que define um quadro de legitimados para a propositura de certas ações tem *eficácia meramente declarativa*, pois tão-somente *reconhece que o substrato material da situação legitimante*

¹⁶⁹ Neste sentido, dentre outros, os seguintes julgados: “[...] não prevalece a posição firmada pelos apelantes sustentando a ilegitimidade passiva *ad causam*’ do MST, pois ainda que se trate de ente despersonalizado e destituído de patrimônio, a presença do movimento é concreta e todas as ações voltadas para a ocupação da terra são administradas por coordenadores, em diferentes níveis. Ainda, a invasão de propriedade não encontra sustentação na ordem jurídica vigente, não obstante os objetivos dos movimentos políticos organizados, dentre eles o MST, possam até parecer justos. Como consequência, a existência do movimento, ainda que na informalidade, não pode ser ignorado pela justiça. Tal efeito ajusta-se aos presentes autos ao conferir legitimidade passiva ao MST, conforme a jurisprudência colacionada na r. sentença de primeira instância, [...]” (TJPR, Ap. Cív. 163639-2, 10ª. Câmara Cível, Rel. Juiz Subst. 2º. Grau Lélia Samardã Giacomet, j. 17.11.2005, disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1455003/Acórdão-193639-2>>, acesso em: 05.11.2012); “EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO PROPOSTA PELO REPRESENTANTE LEGAL DO MOVIMENTO DOS SEM TERRA EM NOME PRÓPRIO, NÃO EM NOME DA ENTIDADE QUE REPRESENTA - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - EXCEÇÃO NÃO CONHECIDA - O excipiente não pode substituir-se ao Movimento dos Sem Terra, entidade não governamental, do qual é o representante no Paraná, contra quem a ação principal foi proposta, já que a citação foi contra o M.S.T. dirigida, não contra ele. Em nenhum momento foi ele chamado a integrar a lide principal e não sendo parte naquele feito, nem requerendo sua inclusão como terceiro interessado, por falta de interesse e legitimidade é de não se conhecer a presente exceção.” (TAPR, Exc. Susp. 136871-4, 6ª. Câmara Cível, Rel. Juiz José Laurindo de Souza Netto, j. 29.11.1999, p. DJ n. 5.577, de 18.02.2000, disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/198145/Acórdão-136871-4>>, acesso em: 05.11.2012). Para mais exemplos jurisprudenciais no mesmo sentido, consulte-se RAFAEL CASELLI PEREIRA (2011).

(titularidade de função) preexiste no ordenamento substancial e que a legitimação (ordinária funcional) para agir em juízo lhe é uma consequência natural. Assim, apenas a explícita. Disso resulta que o rol de legitimados contemplado nos citados preceitos há que ser compreendido como meramente exemplificativo, e não taxativo. Registre-se, por fim, que não é estranha à Lei Maior a hipótese de legitimidade para a propositura de ação coletiva por ente despersonalizado não integrante do aparelho estatal: ela mesma a confere às comunidades indígenas para a defesa de seus interesses (art. 232).

Pensar o contrário é continuar preso ao paradigma liberal-individualista-normativista, que atrai, com razão, a incisiva crítica de JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (1991, p. 156), de acordo com quem a legitimidade e o interesse de agir têm o claro objetivo de fechar as portas do Judiciário aos interesses sociais de grupos e de coletividades, sobretudo no Processo Civil, onde é maior a sua relevância. Adverte o mestre que, de fato, se só o titular da situação jurídica pode defendê-la em juízo, quando houver interesse de fazê-lo, a consequência é que os chamados interesses coletivos ficam, em princípio, excluídos da proteção jurisdicional do Estado, evitando-se assim que o Judiciário se transforme em instância de decisão dos problemas sociais, o que não interessa ao sistema, justamente porque são os problemas mais importantes da sociedade contemporânea.

Em suma, negar a legitimidade para agir e, por conseguinte, o acesso à justiça a esses novos sujeitos coletivos, com apoio em álbi argumentativo comprometido com o sentido comum teórico e com uma opção político-ideológica conservadora, significa privá-los de importantíssimo espaço público de reivindicações, relegando-os, talvez *ad eternum*, à condição de párias de um sistema processual jurisdicional que se quer, por explícito desejo constitucional, absolutamente democrático e inclusivo.

CONCLUSÃO

À conclusão de um trabalho científico cabe essencialmente a função de fazer um balanço final sobre a meta por ele perseguida e delineada em sua introdução, devendo trazer um consolidado dos principais aspectos examinados e das posições tomadas relativamente a eles, bem como avaliar se aquela meta, de modo geral, restou atingida a contento. É nela que o autor deve proporcionar uma rápida porém abrangente anamnese do universo explorado e argumentar sintética e firmemente, com apoio nos pontos principais de raciocínio que fixou no decorrer do texto, no intento de convencer o leitor do acerto da proposta desenvolvida, tanto na perspectiva da abordagem adotada no seu trato quanto na do resultado que dela se esperava obter. Uma conclusão adequada, portanto, deve “fechar o círculo” iniciado na parte introdutória.

Pedindo vênica para breve repetição, apenas a fim de se ter de novo à vista o objetivo traçado pela dissertação, procurou-se estabelecer a conexão entre o *neoconstitucionalismo*, o *neoprocessualismo* e o *acesso à justiça*, como pressuposto para a análise sistemática da *dimensão política e solidarista* revelada pela legitimidade para agir no contexto do Estado Democrático de Direito plasmado na Constituição da República Brasileira de 1988, ensejadora da revisão, e em boa medida da refutação, de alguns posicionamentos tradicionais a respeito de dita condição da ação, aqui denunciados como integrantes de um *sentido comum teórico* assentado no paradigma liberal-individualista-normativista de produção/reprodução do Direito e, por conseguinte, em franca contradição com o atual quadro principiológico e axiológico constitucional.

O *neoconstitucionalismo*, como se observou, caracteriza mais do que uma vertente doutrinária, representando sobretudo uma *práxis* voltada à efetividade da Lei Maior. Sua emergência, no segundo pós-guerra, consolidou e intensificou uma trajetória multissecular de aproximação dos fenômenos *direitos fundamentais*, *Constituição* e *Estado*, até o ponto de se tornarem indissociáveis no conceito de Estado Democrático de Direito, que se lastreia no valor máximo da *dignidade da pessoa humana* e em imperativos axiológicos de *moral* e *justiça*. O Estado Democrático de Direito consubstancia fórmula que incorpora e aprofunda as exigências dos Estados Liberal e de Bem-Estar Social, impondo à ordem jurídica um cerne utópico de transformação do *status quo*, mediante a previsão de diversos

direitos fundamentais de cunho prestacional e a disponibilização de mecanismos para a sua efetiva implementação, capazes de vincular a atuação dos Poderes Públicos.

O Direito sofre, assim, uma transformação paradigmática, autêntica *revolução copernicana*, que desloca o epicentro do ordenamento jurídico para a Constituição, reconhecendo-lhe uma estrutura normativa peculiar composta por regras e princípios, decorrente da concepção pluralista que alberga, bem assim uma eficácia irradiante, não só sobre a legislação infraconstitucional como também sobre as práticas jurídicas, políticas e sociais como um todo. Essas diferenças estruturais e eficaciais relativamente aos diplomas legislativos comuns levou boa parcela da doutrina a sustentar a necessidade de uma “nova hermenêutica constitucional”, quando o problema em verdade está na superação da visão da Constituição como singelo texto, tendo-se em mente seus significados ético-comunitário e sociopolítico mais profundos.

O Estado Democrático de Direito, além de conceder voz a novos atores oriundos da sociedade civil nos processos públicos de concretização da Carta Magna, ainda reconfigurou a partilha do poder e os contornos das funções desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ambiente em que o último restou sobejamente privilegiado, ao preço de ter sua legitimidade democrática posta em xeque nos embates entre as correntes chamadas de *substancialismo* e *procedimentalismo* acerca dos papéis da Constituição e da jurisdição constitucional. Respostas adequadas para as indagações respeitantes a estes papéis, perante a realidade brasileira, são melhor dadas pela percepção substancialista, que reforça o conteúdo compromissório da Lei Maior, ao passo que a jurisdição constitucional nela haure sua legitimação democrática de fontes *funcional-material, processual e técnico-profissional*.

O *neoprocessualismo*, manifestação do neoconstitucionalismo com repercussão específica no âmbito do Direito Processual, por sua vez, trouxe nova compreensão sobre o processo jurisdicional, frisando a existência de relação de complementaridade e de mútua tutela entre ele e a Constituição e a absorção dos valores por esta consagrados. O processo, que pode ser considerado uma das maiores conquistas civilizatórias da humanidade, sem perder sua liberal conotação de *garantia ativa e passiva*, veio a ganhar *feição política*, destacando-se como espaço público de exercício da cidadania e da democracia participativa, o que

inclusive autoriza dotá-lo de posição de centralidade no quadro dos institutos fundamentais da ciência processual (*processo, jurisdição, ação e defesa*). O instrumento processual, por outro lado, há que ser pensado e construído para propiciar resultados úteis e justos. Importantíssima, nessa seara, foi a constatação de que o sistema processual jurisdicional não tem somente um escopo jurídico-técnico, mas igualmente escopos que se espraiam pelos domínios sociais e políticos. Todos os ditos escopos (*jurídico-técnico, jurídico-sociais e jurídico-políticos*), em nosso Direito, ocupam o estrato constitucional e guardam íntima conexão com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no Título I da CF/1988, ostentando a natureza de veros princípios jurídicos. Moldam, portanto, desde a atividade legiferante até as práticas judiciárias concretas concernentes aos institutos basilares do Direito Processual.

Passando à temática do acesso à justiça, preocupação que tem movido os estudiosos do Direito Processual desde meados da década de 1960, é certo que ela trouxe enorme evolução ao entendimento do significado e do alcance do direito de ação, para além das discussões teóricas sobre a sua natureza jurídica. A ação, captada como *direito de obter a prestação jurisdicional integral*, agora é inserida no quadro dos direitos fundamentais, vinculada indissociavelmente à aspiração do *acesso à ordem jurídica justa* e também reconhecida como *mecanismo de controle do poder e de participação democrática no seu exercício*. A Constituição Federal, por isso, reserva-lhe um regime jurídico próprio, cujo ponto fulcral está no seu art. 5º., inciso XXXV. Tal regime, a par da previsão das normas que conferem supedâneo ao direito fundamental de ação e, em parte, ao direito fundamental à tutela jurisdicional qualificada pelos predicados de adequação, efetividade e tempestividade, estrutura regras de competência que estabelecem verdadeiras garantias institucionais em prol daqueles direitos fundamentais contra investidas dos Poderes Públicos tendentes a tolhê-los indevidamente. Traz, simultaneamente, delimitação material, reserva e delimitação substancial (conteudística ou objetiva) de competência, à lei e ao Poder Legislativo da União, para intervenções em seus âmbitos de proteção. Por óbvio, e tendo em conta o âmbito de proteção marcadamente normativo da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se exclui a possibilidade de sua conformação ou limitação, finalidade a que se prestam as denominadas *condições da ação*. Com efeito, as condições da ação são exigências estabelecidas por lei que conformam, ou no máximo limitam

legitimamente, nos casos concretos, o exercício do direito de ação, encontrando justificativa por representarem o resultado de ponderação levada a efeito pelo legislador para concretizar os escopos do sistema processual jurisdicional, formatando o instituto da ação em consonância com o modelo de Estado plasmado na Carta Magna. Quer-se dizer, na definição das condições da ação enquanto categoria jurídico-positiva, o legislador infraconstitucional precisa articular e coordenar os escopos jurídico-técnico, jurídico-políticos e jurídico-sociais, conferindo a uns maior destaque e influência do que a outros, norteado sempre pelos pressupostos, fundamentos e corolários do Estado Democrático de Direito. Assim, há, subjacente a cada condição da ação, nos moldes como positivamente estabelecida, uma colisão ou um imbricamento entre aqueles escopos, que se solucionou legalmente.

Dentre as condições da ação, escolheu-se para este trabalho a legitimidade para agir, diante da percepção de que a visão doutrinária tradicional sobre ela caracteriza, em uma série de seus aspectos, um sentido comum teórico assentado no paradigma liberal-individualista-normativista de produção/reprodução do Direito, portanto em franca contradição com o quadro principiológico e axiológico estampado em nossa Constituição da República de 1988. Ademais, dita visão olvida, ou pelo menos não aprofunda suficientemente, a questão dos vínculos da legitimação *ad causam* com a ordem constitucional, desde o seu fundamento de validade que nesta se encontra, passando pela dimensão política e social que ela lhe reconhece no sistema jurídico pátrio e até o desenho que lhe deve imprimir o modelo de Estado nela plasmado. Uma ótica comprometida com a Constituição, ressaltou-se, é capaz de fornecer indeclináveis parâmetros materiais para o controle da atividade legiferante consistente em atribuir ou negar legitimação para agir.

Como primeiro passo da tentativa de superação da ótica dogmática tradicional, propôs-se a substituição da insuficiente concepção segundo a qual a situação legitimante das partes na legitimidade ordinária é aferida, conforme a chamada teoria da asserção, com base na afirmada titularidade de uma posição ativa (direito subjetivo, interesse legítimo) ou passiva (obrigação, dever) em uma relação jurídica entre sujeitos individualizados ou individualizáveis pela concepção de que a situação legitimante emerge da circunstância de se enxergar na parte a qualidade de sujeito a ser atingido de modo direto pelo provimento jurisdicional pleiteado.

Como passo subsequente, dentro da perspectiva constitucional e publicista que orienta o hodierno sistema processual jurisdicional, indagou-se quais os elementos que destacam uma determinada qualidade do sujeito no plano substancial e, como reflexo processual, investem-no na condição de destinatário direto dos efeitos do provimento jurisdicional pleiteado, ou seja, quais os substratos materiais que o colocam na situação legitimante correspondente à legitimação ordinária. Concluiu-se que ela deflui tanto da *titularidade de esfera jurídica* quanto da *titularidade de função* que sejam afetáveis pelo aludido provimento jurisdicional, orientação esta que se mostra mais compatível com a perspectiva acima aventada e com a percepção da dimensão política e social do instituto da legitimação. A partir dela foi possível esboçar nova proposta classificatória que divide a legitimação ordinária em pessoal, quando relativa à titularidade de esfera jurídica, e funcional, quando relativa à titularidade de função. Esta legitimidade ordinária funcional, por sua vez, pode ser dividida em individual, quando diga respeito à tutela de certos direitos individuais indisponíveis, e transindividual, quando diga respeito à tutela do interesse público e dos interesses difusos e coletivos. Ademais, na proposta classificatória esboçada, esclareceu-se que os esquemas de legitimação ordinária pessoal e funcional ainda convivem harmonicamente com a técnica da legitimação extraordinária ou substituição processual, mediante a qual se atribui a alguém o poder de demandar ou ser demandado em relação a esfera jurídica de titularidade de outrem, nada havendo de incompatível entre tais figuras.

Elucidou-se, em acréscimo, que a função do Estado consubstancia uma finalidade ou tarefa concernente a necessidade ou interesse da coletividade, ou de alguns de seus setores, e que toca à comunidade como um todo, isto é, à inteira sociedade civil, não somente ao Estado enquanto personificação jurídica dela, eis porque pode ser perseguida tanto por entidades e órgãos componentes da estrutura estatal quanto por grupos, segmentos ou pessoas integrantes do corpo social, na dependência das coordenadas em vigor em certo contexto histórico-geográfico, sociopolítico e jurídico. A função do Estado, destarte, é vista com caráter substancial e não privativo do aparelho burocrático público. Corolário dessa mirada, ademais, é a constatação de que algumas funções são outorgadas por lei (constitucional ou infraconstitucional), ao passo que outras surgem espontaneamente no seio da sociedade e são meramente “referendadas” pelo ordenamento jurídico, como manifestação prática das disposições contidas no art. 1º., *caput*, inciso V, e

parágrafo único, da Carta Magna, que consagram o pluralismo político e a máxima de que “todo o poder emana do povo”.

Enfatizou-se que a legitimação para agir não é um instituto jurídico puramente técnico e política e socialmente neutro. Ao revés, seu desenho em cada ordenamento jurídico depende da articulação e da compatibilização dos escopos jurídico-técnico, jurídico-políticos e jurídico-sociais do sistema processual jurisdicional, pautadas no *modelo de Estado plasmado no Texto Constitucional*. O modelo do Estado Democrático de Direito, consagrando princípios como os da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da democracia participativa e da solidariedade, atinge o ponto ótimo de equilíbrio entre os três grupos de escopos, exurgindo como o ambiente privilegiado de uma interação entre as esferas pública e privada e repercutindo na equitativa divisão de responsabilidades entre o Poder Público (Estado como pessoa jurídica ou aparato organizado) e a sociedade civil (Estado como comunidade), em uma dimensão política liberal-democrática e social solidarista. No caso específico do Estado Brasileiro, é o que se depreende inequivocamente da leitura das promessas trazidas no art. 3º. da Lei Maior. Assim, preconiza-se um compromisso irrevogável do Estado (enquanto Poder Público e enquanto sociedade civil) com os interesses sociais em sentido lato (interesse público, interesses difusos e interesses coletivos) e os individuais indisponíveis, notadamente os relativos aos direitos fundamentais, cujas satisfações lhe incumbe perseguir, inclusive na via judicial e por intermédio das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos referidos ao seu povo.

Os parâmetros identificáveis em nossa Carta Magna que autorizam a fiscalização conteudística, e não só procedimental, da constitucionalidade de leis que indevidamente restrinjam ou ampliem a legitimação, conforme o caso, podem ser sintetizados em três premissas basilares:

1) *A legislação infraconstitucional não pode restringir legitimação conferida expressamente pela Lei Maior e nem ampliá-la nas hipóteses em que essa atribuição é feita de forma taxativa.*

2) *A legislação infraconstitucional não pode restringir de modo desproporcional a tutela jurisdicional coletiva.*

3) É possível extrair diretamente da Constituição ou do modelo de Estado nela plasmado os substratos materiais que se traduzem processualmente em situações legitimantes ensejadoras da legitimidade ordinária (pessoal e funcional).

Da última delas, ademais, é viável inferir a legitimação dos novos movimentos sociais para deduzir em juízo pretensões concernentes a interesses transindividuais, não obstante consistam em entes despersonalizados, posto que podem titularizar ou portar funções surgidas espontaneamente no seio da sociedade.

Feito esse retrospecto, e partindo à avaliação, é possível afirmar que a meta perseguida restou atingida a contento. Deixa-se claro que o trabalho nunca pretendeu oferecer respostas definitivas, mas sim suscitar novas perguntas. Várias outras consequências podem ser extraídas, a partir das perspectivas diversas sob as quais será olhado. Quer esta dissertação apenas apontar um novo horizonte digno de ser apreciado e convidativo para ser alcançado. Satisfaz-se, destarte, em remexer o solo em que estão plantadas as ideias integrantes do sentido comum teórico e em lançar algumas sementes críticas, que quiçá florescerão em práticas processuais emancipadoras. A esperança de contribuir modestamente para uma nova realidade já recompensa toda a empreitada. E assim se fecha o círculo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 166, p. 27-70, dez. 2008.

ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um "locus" da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. 2008. 544 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/tesedesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=757>. Acesso em: 12 jan. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-60.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo/saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Condições da ação no direito processual civil brasileiro*. Vitória: Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, 1987.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 252, p. 39-67, out./dez. 1975.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 404, p. 9-18, jun. 1969.

_____. *Temas de direito processual*: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 336, p. 125-136, nov./dez. 1996.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 91-114, nov./dez. 2001.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selectao.pdf> Acesso em: 26 jan. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENABENTOS, Omar Abel. *Teoría general del proceso*. Rosario, Argentina: Juris, 2005. v. 2.

BIDART, Adolfo Gelsi. Incidencia constitucional sobre el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 193-205, abr./jun. 1983.

BOBBIO, Luigi. *Corso di diritto: introduzione al diritto e diritto pubblico*. Verona: Arnoldo Mondadori, 1993. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; _____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 5, item I, p. 307-373.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 12 mai. 2012.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 9, p. 171-189, 1980.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2012.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição: no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1945.

_____. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul. 1982.

BUZINGNANI, Ana Carolina Silveira; GARCIA, Bianco Zalmora. *Amicus curiae e a ética do discurso de Jürgen Habermas*. *Argumenta*, Jacarezinho, v. 10, n. 13, p. 101-119, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. 3 v.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Função social do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 343, p. 85-93, jul./set. 1998.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 107-116, jul./set. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-

44. Disponível em : <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 113-141, jun. 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. 3 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 1, p. 45-209.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bolonha: Il Mulino, 2011. v. 1.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade. Os novos sujeitos de direito sócio-históricos. *Argumenta*, Jacarezinho, v. 4, n. 4, p. 81-97, 2004.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55.

COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A “causa petendi” no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAMASCENO, Kleber Ricardo. *O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo*. 2010. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. Disponível em: <http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&Itemid=70&limitstart=20>. Acesso em: 17 jun. 2012.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de António José Brandão. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972. 2 v.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Objeto da cognição judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 373, p. 85-95, mai./jun. 2004.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 29-43, nov. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 334, p. 19-41, abr./mai. 1996a.

_____. O futuro do direito processual civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 336, p. 27-45, out./dez. 1996b.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b. t. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEITOZA, Denílson. *Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica*. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madri: Trotta, 2004.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9, 2010, Curitiba. Textos... Curitiba: ABDCConst; Conceito, 2010. p. 33-51.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. v. 1.

GALLOTTI, Carolina. Pertinência temática nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 142, p. 168-184, dez. 2006.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*. Curitiba: Juruá, 1996.

GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 196-207, out. 1990.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973a.

_____. O direito de ação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 62, n. 451, p. 24-31, mai. 1973b.

_____. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 9-15, jan. 2000.

_____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2006.

_____. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 109-134.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell et al. Cidade do México: UNAM; Fontamara, 2001.

_____. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 391-411.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Ensaio em busca dos sistemas processuais penais. Disponível em: http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=19. Acesso em: 24 mai. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: 70, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madri: Taurus, 1999. v. 1.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABSCHEID, Walther J.. As bases do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, n. 11-12, p. 117-145, jul./dez. 1978.

HELLER, Hermann. A teoria do Estado. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam (Org.). *Política e sociedade*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1983. v. 1. p. 79-111.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELLY, John M.. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KUHN, Thomas S.. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1980. v. 1.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 351-380.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação: com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2005.

MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO, Clayton. Grupos de pressão. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 235-241, set./dez. 2000.

_____. A tutela jurisdicional civil da honra objetiva do Ministério Público na hipótese de abuso (ou de não incidência) da imunidade material parlamentar: uma contribuição ao estudo das tutelas de prevenção do ilícito e de repressão do dano. *Direito e Sociedade*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 43-86, jan./jun. 2004.

_____. Nota crítica ao instituto da ação coletiva passiva no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, n. 9, p. 9-14, 2005.

_____. Notas para uma análise sociológica do direito processual civil. Disponível em:

<www.academia.edu/225750/Notes_towards_the_sociological_approaches_of_civil_procedure>. Acesso em: 10 out. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a. cap. 5, item II, p. 373-439.

_____. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b. cap. 6, item V, p. 587-819.

_____. Controle de constitucionalidade. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010c. cap. 12, p. 1153-1509.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. 5.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no “ordo judicarius” medieval e no “processus” assimétrico moderno: uma aproximação. *Argumenta*, Jacarezinho, v. 6, n. 6, p. 179-202, 2006.

_____. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. O Estado de Direito e o direito de ação: (a extensão do seu exercício). *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 69-91, out./dez. 1978.

_____. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 363, p. 39-49, set./out. 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tradução de António José Massano e Manuel Palmeirim. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 187-199.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Da proteção contratual. In: _____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. tít. I, cap. 6, p. 441-570.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado: e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Celso. Binômio, trinômio ou quadrinômio?. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, n. 264, p. 9-12, out./dez. 1978.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: _____; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15-35.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Mundo jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm> Acesso em: 17 jun. 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 17. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Rafael Caselli. Ação coletiva passiva (defendant class action) no direito brasileiro. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, 01 jul. 2011.

Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/index.php/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RÉ, Aluísio lunes Monte Ruggeri. Ação civil pública é refém do patrimonialismo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55-71.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: _____ (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 787-818.

SANTIN, Valter Foletto. A legitimidade do Ministério Público no processo penal. Disponível em: <<http://www.apmp.com.br/juridico/santin/>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto, Portugal: Afrontamento, 1999.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Adhemar Raymundo da. *Estudos de direito processual penal*. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de. Legitimidade “ad causam” na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 335, p. 45-59, jul./set. 1996.

_____. Direitos humanos e processo civil. *Argumenta*, Jacarezinho, v. 5, n. 5, p. 8-44, 2005.

_____. Falso julgamento de mérito. *Páginas de Direito*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7857-falso-julgamento-de-merito>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

TORNAGHI, Helio. *Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953. v. 1.

_____. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. Aspectos modernos do conceito de ação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 66, n. 497, p. 11-24, mar. 1977.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal: (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas; Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

_____. Disposições gerais. In: _____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. tít. III, cap. 1, p. 722-784.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia e constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.

_____. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.