



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

VITÓRIA SANTOS MACÊDO DA ROCHA

**MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS: A
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO
ARTIGO 1º, DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Maceió-AL

2024

VITÓRIA SANTOS MACÊDO DA ROCHA

**MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS: A
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO
ARTIGO 1º, DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Alagoas, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmiento Lins
Junior

Maceió-AL

2024

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

R672m Rocha, Vitória Santos Macêdo da.
Ministério Público na defesa dos interesses metaindividuais : a interpretação conforme a Constituição do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública / Vitória Santos Macêdo da Rocha. – 2024.
73 f. : il.

Orientador: George Sarmento Lins Junior.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Macció, 2024.

Bibliografia: f. 69-73.

1. Brasil. Ministério Público Federal. 2. Ação civil pública. 3. Legitimidade. 4. Neoconstitucionalismo. 5. Interesse social. 6. Fundo de garantia de tempo de serviço. 7. Interpretação conforme a constituição. I. Título.

CDU: 347.921.5(81)

Folha de Aprovação

VITÓRIA SANTOS MACÊDO DA ROCHA

**MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS: A
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO
ARTIGO 1º, DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, obtendo a aprovação perante a banca examinadora em 11/03/2024.

Aos meus pais que viveram esse sonho junto
comigo.

AGRADECIMENTOS

Em toda a minha vida sempre enxerguei o meu destino nas mãos de Deus, sendo Ele quem me sustenta todos os dias. A Deus a minha gratidão por ter finalmente terminado um ciclo difícil, Ele, em toda a sua misericórdia, me amparou nos momentos difíceis e segurou as minhas mãos quando eu me senti só.

Na infinitude deste mundo e do tempo, eu fui escolhida para ser filha de duas pessoas maravilhosas, que foram sempre meus maiores incentivadores. Sou extremamente grata por terem acreditado em mim nos dias que eu achei que não merecia as bênçãos de Deus sobre a minha vida e quando me encorajaram nos momentos que o medo quis me paralisar. A conclusão do curso e a maioridade é o início de uma vida de retribuição a vocês: Eminadabe e Cicera.

Ao meu irmão Isaque que foi um herói para nossa família durante a pandemia e é meu exemplo de força, leveza e trabalho. Desejo todos os dias me sentir realizada com meu trabalho, mesmo em meio às dificuldades, da mesma forma que você se sente dirigindo a carreta. No meu caminho profissional espero ter a adaptabilidade e a sociabilidade que você tem.

A minha gratidão ao Instituto Federal de Alagoas. Não poderia deixar de mencioná-lo porque existia uma Vitória antes do IFAL e outra após a entrada. As experiências vividas no Instituto Federal moldaram a minha vida e me ensinaram a ser tolerante. O mundo está além do nosso cotidiano.

Graças ao IFAL também ganhei duas amigas para uma vida inteira: Jéssica e Bia. Obrigada Ana Beatriz Peixoto por ser tão compreensiva comigo, chorar as minhas tristezas e viver as minhas alergias. Agradeço a Deus por você. Meu agradecimento especial também a Jéssica Maria, toda a minha graduação nós percorremos juntas um caminho de identificação, ter alguém que sabe exatamente o que você está passando traz alívio para vida e para os momentos difíceis.

Meu agradecimento também ao meu amigo Carlos Eduardo que foi por um bom tempo a minha dupla na graduação, fazendo juntos todos os trabalhos e provas.

RESUMO

O Ministério Público é a principal instituição para a defesa dos interesses coletivos, tendo como seu principal instrumento a Ação Civil Pública. A Lei nº 7.347, de 1985, constitui-se, junto com o Código de Defesa do Consumidor, no principal diploma para o estabelecimento da tutela coletiva no Brasil. A instrumentalização de lides coletivas enfrenta as dificuldades relativas a um processo civil voltado a pretensões individuais e a restrições, operadas pelo Estado, para efetividade da tutela no processo coletivo. A proibição em estudo foi introduzida na Lei da Ação Civil Pública pela medida provisória nº 2.180-35, de 2001, incluindo vedação ao uso do diploma processual em matérias de interesse estatal, como o direito tributário e os fundos de filiação compulsória, sob a alegação da titularidade individual dos direitos discutidos. Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores utilizou-se do artigo 127 da Constituição Federal para legitimar o ingresso do Ministério Público na propositura de ações civis públicas que versassem sobre direitos individuais homogêneos. O dispositivo em estudo atribui a função ao *parquet* de “defensor dos interesses coletivos”. Dessa forma, o objeto do estudo foi a utilização da interpretação extensiva do dispositivo mencionado pelo Supremo Tribunal Federal e seus desdobramentos para efetivação da proteção dos direitos metaindividuais, por intermédio da ação civil pública. O panorama empregado para o estudo é o neoconstitucionalismo, sendo utilizada a revisão bibliográfica de artigos e livros para investigar suas principais características, quais sejam, a presença de Constituição rígida, Supremacia da Constituição, Força normativa da Constituição e o aprofundamento do papel do aplicador do direito, no sentido em concretizar os preceitos normatizados. A investigação centrou-se no desenvolvimento do Ministério Público como instituição defensora dos interesses sociais, perante a história democrática brasileira, com sua consolidação na Constituição Federal de 1988. A concepção da relevância social de uma pretensão, foi o fundamento para legitimação da defesa dos interesses individuais coletivos pelo Ministério Público, tese especialmente desenvolvida no Recurso Extraordinário nº 631111/SP. A expansão da interpretação extensiva sobre a norma veiculada no artigo 127, da Constituição Federal reverberou na legislação infraconstitucional, como fundamento para a defesa da propositura pelo Ministério Público de ações civis públicas sobre a matéria do FGTS, expressamente vedada por força do parágrafo único, do artigo primeiro, da Lei da Ação Civil Pública. A significação dada pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 850/STF, ao dispositivo restritivo tem ares de interpretação conforme a constituição, negando-se a declarar inconstitucional a norma introduzida pela medida provisória nº 2.180-35, que limita a tutela coletiva de direitos. A análise do tema em relação a aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição, a utilização de maneira equivocada, retirando-lhe o seu sentido gramatical e desrespeitando as intenções do legislador da norma. Nesse quesito, haveria maior coerência no sistema jurídico a expulsão da norma introduzida pela medida provisória nº 2.180-35, que a utilização de malabarismo argumentativos.

Palavras-chave: Ministério Público; Ação Civil Pública, legitimidade; neoconstitucionalismo, interesses sociais; FGTS e interpretação conforme a constituição.

ABSTRACT

The Public Prosecutor's Office is the main institution for the defense of collective interests, and its main instrument is the public civil action. Law 7.347 of 1985, together with the Consumer Defense Code, is the main instrument for establishing collective protection in Brazil. The implementation of collective litigation faces the difficulties of a civil process geared towards individual claims and the restrictions imposed by the state on the effectiveness of collective litigation. The prohibition under study was introduced into the Public Civil Action Law by Provisional Measure No. 2.180-35 of 2001, including a ban on the use of the procedural diploma in matters of state interest, such as tax law and compulsory membership funds, on the grounds of individual ownership of the rights being discussed. In this sense, the jurisprudence of the Higher Courts has used article 127 of the Federal Constitution to legitimize the entry of the Public Prosecutor's Office in public civil actions that deal with homogeneous individual rights. This provision assigns the role of "defender of collective interests" to the Public Prosecutor's Office. The object of this study is the use of the extensive interpretation of the aforementioned provision by the Federal Supreme Court and its consequences for the effective protection of meta-individual rights through public civil action. The panorama used for the study is neoconstitutionalism, and a bibliographical review of articles and books was used to investigate its main characteristics, namely the presence of a rigid Constitution, the Supremacy of the Constitution, the normative force of the Constitution and the deepening of the role of the law enforcer, in order to concretize the normed precepts. The investigation focuses on the development of the Public Prosecutor's Office as an institution that defends social interests in Brazil's democratic history, with its consolidation in the 1988 Federal Constitution. The concept of the social relevance of a claim was the basis for the legitimization of the defense of individual collective interests by the Public Prosecutor's Office, a thesis especially developed in Extraordinary Appeal No. 631111/SP. The expansion of the extensive interpretation of the rule contained in article 127 of the Federal Constitution reverberated in infra-constitutional legislation, as the basis for the Public Prosecutor's Office to defend public civil actions on the subject of the FGTS, expressly prohibited by the sole paragraph of article 1 of the Public Civil Action Law. The meaning given by the Supreme Court, in Theme 850/STF, to the restrictive provision has the air of interpretation in accordance with the constitution, refusing to declare unconstitutional the rule introduced by provisional measure 2.180-35, which limits the collective protection of rights. The analysis of the issue in relation to the application of the technique of interpretation in accordance with the constitution, the use of it in the wrong way, stripping it of its grammatical meaning and disrespecting the intentions of the legislator of the rule. In this respect, the expulsion of the rule introduced by Provisional Measure 2.180-35 would be more coherent in the legal system than the use of argumentative juggling.

Palavras-chave: Ministério Público; Ação Civil Pública, legitimidade; neoconstitucionalismo, interesses sociais; FGTS e interpretação conforme a constituição.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Classificação de interesses metaindividuais, quanto ao grupo afetado, o objeto e a origem	55
Tabela 2 - Diferença entre o texto contido no parágrafo único, do artigo 1 ° da Lei da Ação Civil Pública e o tese estabelecida no Tema 850/STF	64

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMB	Associação de Magistrados Brasileiros
ART	Artigo
CACOL	Cadastro Nacional de Ações Coletivas
CEF	Caixa Econômica Federal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
DF	Distrito Federal
DPVAT	Danos pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre
ERESP	Embargos de Divergência em Recurso Especial
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
LOMP	Lei Orgânica do Ministério Público
MP	Ministério Público
MP	Medida Provisória
RE	Recurso Especial
SE	Sergipe
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TARE	Termo de Acordo de Regime Especial

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O DIREITO CONSTITUCIONAL DO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	12
2.1 Neoconstitucionalismo	12
2.2 A Efetividade dos Direitos Fundamentais	17
2.3 A ordem constitucional de 1988	22
2.3.1 Novas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade: a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto	26
3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS NO BRASIL	32
3.1 A importância da tutela coletiva na contemporaneidade	33
3.1.1 Sociedade pós industrial e conflitos de massa	36
3.1.2 A legitimidade no processo coletivo	38
3.2 O Ministério Público na Constituição de 1988	40
3.3 A ação Civil Pública	45
4. A JURISPRUDÊNCIA NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	49
4.1 A defesa dos interesses sociais	49
4.2 O parágrafo 1º, do artigo 1º da Lei nº 7.347/85	57
4.3 Tema 850/STF - Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos relacionados ao FGTS	61
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

1. INTRODUÇÃO

A ação civil pública é o meio processual de tutela coletiva mais utilizado no judiciário, sendo o Ministério Público o protagonista da sua propositura. O presente trabalho buscará estudar as forças que levaram o desenvolvimento institucional do Ministério Público como principal defensor dos direitos da coletividade no Brasil bem como a limitação dessa tutela, através do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85 que disciplina a Ação Civil Pública.

O marco histórico a ser utilizado como precursor do fortalecimento institucional do Ministério Público será a Constituição de 1988, que o redesenhou como órgão autônomo. Além disso, o artigo 127, da Carta Maior, atribuiu ao *parquet* as atribuições de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dessa forma, o entendimento acerca do tema será fomentado através de uma pesquisa bibliográfica sobre o posicionamento do direito constitucional brasileiro e as mudanças constitucionais na tutela coletiva trazidas pela Lei Fundamental.

A importância do dispositivo e suas implicações será extraída através da utilização de um panorama teórico neoconstitucionalista, o qual atribui força normativa aos preceitos constitucionais, visando a concretização de seus efeitos e direitos. O Ministério Público ganha destaque justamente pela importância da sua função para o cumprimento do amplo catálogo de direitos fundamentais trazidos pela Carta Maior.

Nessa perspectiva, destaca-se a relevância da análise dos direitos transindividuais, dado que suas garantias e instrumentos são recentes no contexto jurídico brasileiro, sendo os direitos difusos protegidos pela Constituição de 1988, de forma explícita, apenas em relação a determinados bens da coletividade. Observa-se que o desenvolvimento do ordenamento jurídico ao longo dos anos foi direcionado principalmente à tutela de demandas individuais, carecendo, no presente momento, de um esforço por parte do sistema jurídico para adequar às novas demandas aos instrumentos legais pertinentes.

O desafio adquire proporções mais significativas devido à Revolução tecnológica em curso, onde as barreiras geográficas e a materialidade deixaram de ser obstáculos para a partilha de experiências. Nesse contexto, não apenas as vivências se aproximam, mas também os riscos. O rápido avanço tecnológico gera um crescente estado de incerteza quanto às suas ramificações e potenciais danos em larga escala.

No contexto de uma sociedade propícia a vivenciar danos em massa, o surgimento da ação civil pública foi de extrema importância para o desenvolvimento da tutela eficaz de direitos metaindividuais, que poderão ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O fortalecimento dos meios de defesa da sociedade é extremamente importante principalmente em razão de seus antagonistas, que na maioria das vezes encontram-se no Estado e em grandes conglomerados.

O Estado é um especial ator para a concretização dos direitos fundamentais e pode adquirir também a versão de ser o maior empecilho. Por isso, a necessidade de um Poder Judiciário independente, com seriedade técnica para concretizar as disposições teóricas da Carta de 1988. A interpretação das normas constitucionais frente a todo ordenamento jurídico tornou-se um instrumento poderoso para inserir no mundo real as disposições jurídicas.

Sendo assim, o presente estudo investigará a construção jurisprudencial da “relevância social”, fruto das interpretações do conceito de “interesse social”, como atribuição para legitimar as ações do Ministério Público. Nesse quesito, é através do trabalho de pesquisa de julgados dos tribunais superiores que poderá ser estabelecido quais os fatos que estão inseridos nesse conceito, quais os requisitos e a forma de protegê-los.

Neste aspecto, destaca-se o precedente estabelecido pelo Recurso Extraordinário nº 631111, o qual elabora a discussão acerca da viabilidade do emprego de ações civis públicas pelo Ministério Público na proteção dos direitos individuais homogêneos, delineando a essência da tese que sustenta a legitimidade da atuação ministerial derivada da “relevância social” do assunto em questão.

O citado precedente é o fundamento para abertura das ações ao *parquet* em prol da coletividade, sendo a defesa dos interesses sociais utilizados também para determinar a possibilidade da tutela de pretensões referentes à matéria dos fundos da natureza compulsória, como o FGTS, por meio de Ação Civil Pública. A proibição sempre foi vista por grandes intelectuais do Ministério Público como inconstitucional, porém os tribunais preferiram não verificar a validade da norma em abstrato, utilizando-se a interpretação conforme a Constituição.

Apesar da forte roupagem social da matéria, é importante investigar os resultados da interpretação jurídica, de acordo com critérios técnicos. Em um Estado Democrático de Direito deve haver um permanente exercício de cidadania, inclusive em relação à responsabilidade social de seus julgados.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL DO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

O pós-positivismo, surgido em resposta às dolorosas experiências da Segunda Guerra Mundial, emerge como um paradigma que visa assegurar, de maneira mais eficaz, os direitos fundamentais. O desafio central transcende a mera aplicação formal das normas constitucionais, adentrando a esfera da efetividade na produção de seus efeitos no âmbito da realidade.

Este período de transformações profundas conferiu um papel mais destacado ao intérprete das normas constitucionais. A ênfase recai na necessidade de promover uma interpretação dinâmica e contextualizada, capaz de adaptar o ordenamento jurídico às demandas da sociedade contemporânea e garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Neste contexto de salvaguarda dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, influenciada pelas constituições ibéricas, estabeleceu uma série de garantias com o propósito de efetivar as disposições normativas, por meio da atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, instrumentos de participação popular adquiriram relevância constitucional, ao passo que novos meios e métodos foram incorporados para controlar a implementação das normas constitucionais em relação aos Poderes Executivo e Legislativo.

A sofisticação dos métodos interpretativos tornou-se necessária a partir da introdução de novas figuras ao ordenamento jurídico, como a Força Normativa da Constituição e a Supremacia da Constituição. O poder de dizer o direito volta-se ao Poder Judiciário com maior espaço de decisão, sendo necessário, dessa forma, de limites para a atuação do aplicador do direito, haja vista a possibilidade de abusos e arbitrariedades.

2.1 Neoconstitucionalismo

A tragédia grega “Antígona”, de Sófocles, narra o conflito entre as leis divinas e as exaradas pelo Estado, através da história de uma irmã obstinada a velar seu parente, contrariando a ordem do rei de Tebas. Na narrativa, o dever emanado da responsabilidade

familiar teria caráter permanente e transcendente, com força para tornar inválida a lei estatal contrária ao preceito divino¹(Sófocles, 2004, p. 96).

Desde a antiguidade clássica, o corpo social vislumbra, seja através da religião ou dos mitos, a existência de valores e princípios irrenunciáveis. O jusnaturalismo é a concepção de um direito natural que não retira seu fundamento de validade de uma norma proclamada pelo Estado. Pelo contrário, as normas que emergem dele teriam sua legitimidade extraída de uma ética superior, que poderia limitar ou invalidar uma lei em sentido formal (Rosário, 2010, p. 251).

Diante das suas diversas correntes, o direito natural tem sua ressignificação no jusnaturalismo racionalista, que entende as leis universais como fruto da razão humana². Essa versão antropocentrista tem como objetivo a proteção dos direitos naturais do homem, como liberdade e propriedade, do arbítrio do Estado, alcançando seu apogeu com as codificações e constituições escritas (Barroso, 2001, p. 27).

A tradição da documentação das leis e a aproximação do positivismo filosófico³ ao campo jurídico expurgou a concepção jusnaturalista do direito, isso porque, o direito natural foi concebido como anticientífico e subjetivista. O direito somente seria aquilo que poderia ser apreendido através da experiência, lei em seu sentido formal, enquanto o Estado seria a única fonte do direito, em exacerbado formalismo jurídico (Rosário, 2010, p. 252).

O direito no positivismo tem como principais características o caráter científico, a utilização do silogismo, a pureza, a racionalidade e a imparcialidade do aplicador. Dessa forma, não foi admitido dentro do sistema jurídico a utilização da ética e da moralidade como fontes de interpretação ou legitimação das normas (Barroso, 2001, p. 20).

As constituições escritas eram programas políticos para a inspiração do legislador ordinário, não estando dotadas de normatividade para a utilização pelo aplicador do direito. O

¹ A ideia de direitos inerentes ao homem remontam o imaginário social desde a antiguidade, estando presentes em diversos fragmentos da história. O trecho a seguir de Antígona demonstra que a sociedade grega reconhecia que o direito emanado dos Deuses era um parâmetro de validade das normas estatais: “ANTÍGONA — Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a ninguém o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; (...)” (Sófocles apud rosário, 2010, pág. 251).

² Os direitos naturais do homem, em especial liberdade e propriedade, foram forças propulsoras para as revoluções liberais no século XVIII. As ideias do jusnaturalismo racionalista, com seu principal teórico John Locke, inspiraram a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Barroso, 2001, p.26).

³ O positivismo filosófico é um movimento que busca interligar os métodos e análises utilizadas nas ciências naturais para a análise social. O único conhecimento válido é o científico que tem como pressuposto um objeto e um método de estudo (Barroso, 2001, p. 28).

juiz é boca da lei, realizando interpretações exclusivamente gramaticais e históricas, através do silogismo de subsunção do fato à norma, para revelar a verdade contida na lei (Barroso, 2001, p. 20).

O fracasso da utilização pura do positivismo jurídico tem como marco a Segunda Guerra Mundial. Regimes totalitários como o nazismo e o fascismo italiano foram soerguidos sob o pálio da estrita legalidade⁴, em virtude da dissociação completa entre o direito e a moral. O prisma da legalidade era o único critério de validade e de valoração do justo (Rosário, 2010, p. 253).

O direito no pós-positivismo não poderia pautar-se exclusivamente no âmbito das leis em seu sentido formal, contudo, os operadores do direito não desejavam a instalação de uma insegurança jurídica fruto do subjetivismo jusnaturalista. A solução intermediária deu-se através da introdução de carga axiológica, por intermédio dos princípios, às constituições, tendo como experiência principal a Lei Fundamental de Bonn, de 1949⁵ (Rosário, 2010, p. 253).

Os sistemas constitucionais europeus aproximaram-se do modelo estadunidense⁶, visualizando a constituição como norma jurídica, capaz de limitar e invalidar a atuação do Poder Legislativo. Os direitos fundamentais passaram a deter protagonismo nas cartas constitucionais do pós-guerra, como a alemã (1949) e a italiana (1948), com a inscrição de instrumentos de garantias para a proteção e perenidade do direito constitucional contra maiorias políticas eventuais. Por isso, essas novas constituições foram extensas nas matérias tratadas, enquanto a americana é sintética, residindo a principal diferença entre os sistemas (Sarmiento, 2009, p. 5).

Nesse contexto, houve o surgimento das cortes constitucionais por toda a Europa, em razão da nova atribuição do poder judiciário em proteger os direitos fundamentais, através do

⁴ O Tribunal de Nuremberg foi criado com o objetivo de julgar crimes militares ocorridos na Alemanha Nazistas por importantes figuras públicas e governamentais, o principal elemento da defesa para a realização de barbáries foi o cumprimento da lei. Essa situação levou ao debate sobre em que medida uma lei é válida quando manifestamente injusta. (Barroso, 2001, p. 31)

⁵ O novo direito constitucional teve como experiências precursoras a criação da Lei Fundamental Alemã de 1949, que rompia com o formalismo da Teoria do Estado de Weimar, e a criação do Tribunal Constitucional Federal (1951), com seguimento também na Itália, com a constituição de 1946 e a criação da Corte Constitucional (1956). Contudo, outras experiências erigidas sob o pálio da redemocratização de outras nações europeias merecem destaque, como as Constituições Portuguesa (1976) e Espanhola (1978). (Barroso, 2006, p. 17)

⁶ Luís Roberto Barroso (2006, p.32) chama os Estados Unidos de “berço do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade”, isso porque o país, desde o caso *Marbury vs Madison*, 1803, reconhece a judicialidade das questões constitucionais e a possibilidade de exercer o controle difuso de constitucionalidade. Cabe ressaltar que as cortes constitucionais europeias exerceram o controle abstrato de constitucionalidade.

controle de constitucionalidade. Atualmente, esses tribunais estão presentes por todo continente europeu, com exceção do Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, onde ainda se utiliza da supremacia do parlamento (Barroso, 2006, p. 23).

Nos estudos de Mauro Barberis (2006, p.18), a doutrina italiana e espanhola utilizou-se do termo neoconstitucionalismo para definir a teoria do direito aplicada a um Estado Constitucional⁷. A definição surgiria para classificar as novas doutrinas que tinham o escopo de realizar uma ligação intermediária entre o positivismo e o jusnaturalismo, concebendo assim a introdução de valores morais ao direito positivo. Neste sentido, entende Barberis que:

O neo-constitucionalismo foi redefinido pelo subscritor como teoria ou doutrina do direito intermediária ao jusnaturalismo e positivismo jurídico. O jusnaturalismo sustenta a tese da conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o neoconstitucionalismo a tese da interligação necessária entre direito e moral limitadamente aos Estados constitucionais, ou constitucionalizados: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis (Barberis, 2006, p.-20 a 21).

O neoconstitucionalismo não se trata de uma única vertente doutrinária, possuindo influências anglo-americanas, em Ronald Dworkin, inspirado na teoria de John Rawls; latino-americanas, com o argentino Carlos Santiago Nino, e europeias, com destaque a Robert Alexy (Barberis, 2001, pg. 19).⁸ Apesar da diversidade de vertentes, podem ser apontadas características comuns do neoconstitucionalismo: uma constituição rígida; a admissão de mecanismos de controle de constitucionalidade; Força Normativa da Constituição; e a postura do aplicador na interpretação da constituição, atribuindo lhe sentido extensivo, de modo que seja possível extrair seus princípios e valores implícitos (Rosário, 2010, pág. 255).

A lógica da subsunção no direito ainda é utilizada como método predominante, em conjuntos com elementos tradicionais da hermenêutica constitucional, como: o gramatical,

⁷ A doutrina fala sobre três modelos institucionais de organização da ciência do direito, o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado Constitucional de direito. O primeiro é relativo às diversas organizações institucionais anteriores à Revolução Francesa, sendo fortemente marcado pela presença do jusnaturalismo e a pluralidade de fontes do direito. O Estado legislativo de direito, que seria correspondente à época em que o direito era organizado em sua maneira formal e a única fonte de direito era a lei emanada de um processo legislativo. Por último, o Estado constitucional de direito, que seria no advento pós Segunda Guerra Mundial, a validade das leis também dependem de sua conformidade com a Constituição. Além disso, os papéis do executivo e legislativo devem estar em consonância com os ditames constitucionais, impondo assim deveres de atuação e protagonismo do Poder Judiciário (Barroso, 2006, p. 16).

⁸ O termo neoconstitucionalismo foi utilizado a primeira vez, em 1997, por Susanna Pozzolo, para indicar teses intermediárias entre o jusnaturalismo e o positivismo, contudo o termo ganhou notoriedade através da coletânea do Miguel Carbonell “Neoconstitucionalismos”, a obra conta com a participação de notórios juristas como Robert Alexy, Luigi Ferrajoli e Riccardo Guastini (Barberis, 2006, p. 11).

histórico, sistemático e teleológico. Contudo, a aproximação com a ética e a moral implicou na realização de juízos de valor pelo intérprete e atividade de produção normativa em casos difíceis. A partir de uma cláusula de conteúdo aberto ou principiológico poderá ser extraído diversos sentidos e objetos válidos (Barroso; Barcellos, 2003, p. 144).

Na visão compartilhada por Ana de Barcellos e Luís Roberto Barroso (2003, p. 149), as regras trazem ao ordenamento maior segurança jurídica, enquanto os princípios conferem o grau de justiça. Na definição do conteúdo e da extensão dos princípios há a possibilidade da realização de juízos de valor, seria o encontro das dimensões deontológica e axiológica presentes no sistema. Para a realização da interpretação valorativa é necessário o estabelecimento de métodos e de critérios objetivos, na busca de limitar o subjetivismo do operador do direito (Rosário, 2010, p. 257).

Os princípios e regras foram comumente distinguidos em relação ao seu grau de generalidade.⁹ Normalmente as regras possuem linguagem objetiva e conteúdo direcionado para regular determinadas situações, enquanto os princípios possuem elevado grau de abstração, seu conteúdo destina-se a prescrever um valor ou fim público (Barcellos, 2000, p. 171)

Em um Estado Constitucional de Direito, uma mesma constituição pode albergar diversas normas de conteúdo conflitante. As contraposições são próprias do sistema que é democrático e dialético. O desenvolvimento da teoria dos princípios, com expoentes como Robert Alexy e Ronald Dworkin, permite definir os princípios como mandamentos de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior medida possível. Os princípios possuem a dimensão do peso, o grau de satisfação de um princípio dependerá das possibilidades jurídicas e factuais¹⁰ (Souza, 2011, p. 99).

⁹ Atualmente essa distinção revela contrariedades haja vista a existência de princípios constitucionais de conteúdo objetivo, como o princípio da anterioridade tributária, e regras de conteúdo abstrato, em razão da presença de conceitos abertos “ordem pública”, “justa indenização”, “relevante interesse coletivo”, “melhor interesse do menor”. Nessas ocasiões haverá especial papel do intérprete na produção do direito aplicável ao caso concreto (Barroso, 2001, p.37).

¹⁰ As regras são aplicadas majoritariamente através da subsunção, os conflitos entre regras são dirimidos através dos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade. O fato dos princípios conterem um fundamento ético ou decisões políticas fundamentais, em um ordem democrática, é comum a existência de princípios que sejam contrapostos, nessa seara destaca-se a figura da ponderação. A técnica é o meio pelo qual procura-se estabelecer o peso dos princípios em conflitos, mediante a análise das circunstâncias do caso concreto buscando a solução mais socialmente desejada e de acordo com os fins elencados pela constituição em sua ordem axiológica, com proporcionalidade e respeitando o núcleo fundamental de cada princípio (Barroso, 2001, p.36).

Por suas vezes, as regras seriam comandos normativos que só podem ser realizados integralmente, pois sua incidência tem relação com sua validade.¹¹ Dessa forma, nos conflitos existentes entre regras deve haver uma exceção ou uma delas deve ser invalidada no sistema jurídico, seja pelo critério da especialidade, da temporalidade ou hierarquia. Apesar da relevância dos princípios no novo direito constitucional, inexistente hierarquia entre eles e as regras, em razão da unidade da constituição (Souza, 2011, p. 100).

A constituição, com a distinção entre regras e princípios, tornou-se um documento apto para regular todos os âmbitos da vida social. As normas de conteúdo aberto, princípios, proporcionam uma elasticidade ao ordenamento. O sistema aberto que forma a Constituição possibilita a adaptação às transformações sociais ocorridas na sociedade, formando um sistema dinâmico de normas que permite a interação com a realidade (Cunha jr, 2012, p.147).

O neoconstitucionalismo apresenta um novo paradigma para a teoria da norma, a teoria das fontes do direito e a teoria da interpretação, não representando ele uma única doutrina (Moreira, 2008, p. 250). As mudanças ocorridas na aplicação da constituição levaram a doutrina e a jurisprudência a elaborar princípios de cunho instrumental para interpretação constitucional. Luís Roberto Barroso (2006, p.25) destaca no Brasil a prevalência dos princípios da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a constituição¹², unidade, razoabilidade e o da efetividade.

No panorama neoconstitucionalista toda interpretação é constitucional, seja pela aplicação direta da constituição, a conformidade de uma norma com os preceitos da Lei Maior, ou a interpretação no sentido de cumprir os mandamentos constitucionais. Apesar das dificuldades que existem entre relacionar o direito e a moral, principalmente com cláusulas de conteúdo aberto, há de se lembrar que o direito que não logra a justiça fenece (Moreira, 2008, p. 256).

2.2 A Efetividade dos Direitos Fundamentais

¹¹ Já se admite que alguns princípios só podem ser aplicados do modo tudo ou nada, como o princípio da dignidade humana, em razão de serem aplicados biunivocamente. Além de que algumas regras necessitam de ponderação

¹² Virgílio Afonso da Silva (2006, pg. 192) não concorda que a interpretação conforme a Constituição seja um princípio da interpretação constitucional, vez que o princípio serviria para a interpretação da legislação infraconstitucional.

A experiência constitucional europeia outrora deixou a cargo da força política a resolução de problemas eminentemente constitucionais. O novo paradigma do pós-guerra introduziu a Força Normativa da Constituição, com o intuito de repelir as fricções políticas e a violência.

A mudança do conteúdo das novas constituições foi fundamental para a inserção de normatividade, com a inscrição de consensos mínimos sobre a proteção dos direitos fundamentais e valores políticos indispensáveis. Além disso, houve a disciplina de instrumentos básicos para resguardar o processo democrático, a participação social e os direitos das minorias (Barroso, 2013, pág. 199).

Nesse diapasão, três elementos foram essenciais para reformular a função da constituição: I- a compreensão da necessidade de uma ordem perene, que estabelece a proteção do mínimo de direitos ao cidadão; II - a visão de que sua legitimidade não é dependente dos fatos, em verdade o seu processo de legitimação é contínuo ao longo da história; e III- sua vigência está vinculada à vontade humana, através da sua utilização para a resolução dos problemas em sociedade (Hesse, 1991, p. 19-20).

A Supremacia da Constituição é o princípio que veda a existência dentro do mesmo sistema jurídico de normas ordinárias contrárias às disposições da norma constitucional. Da mesma forma, a interpretação dos preceitos infraconstitucionais deve estar em conformidade com as finalidades e valores inscritos na Carta Maior. O conteúdo da constituição deve irradiar para todos os ramos do direito e todos os tipos de instrumentos introdutores de normas, desde a lei até o ato administrativo (Barroso, 2001, p. 34).

A noção de constituição como norma jurídica, dotada de imperatividade, reivindica a possibilidade de sua tutela em juízo, ante a uma violação de seus comandos. Assim, perante a existência de um comando claro no conteúdo constitucional não deve ser necessária a interferência do legislador ordinário para a concretização de seus efeitos. Ademais, os fins programados na carta constitucional devem orientar a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, diminuindo seu âmbito de discricionariedade com o fim de materialização do bem comum e dos valores mínimos inscritos na norma maior (Barcellos, 2013, p. 90).

As Constituições analíticas, erigidas do Pós Guerra, superaram a organização textual entre catálogo de direitos e organização do Estado, para disciplinar também normas de cunho finalístico. Nesse quesito, na classificação preparada por Luís Roberto Barroso, as normas contidas em uma constituição material podem organizar o Estado e suas instituições (normas

constitucionais de organização), externalizar direitos fundamentais (normas constitucionais definidoras de direitos) e apresentar programas ou fins públicos (normas constitucionais programáticas)¹³ (Barroso, 2001.b, p.102).

Nesse ínterim, as normas constitucionais de organização e competência podem delegar um direito subjetivo ao seu sujeito ativo. Por exemplo, caso seja conferido ao Município a atribuição de exercer determinada tarefa, esse ente federado pode exigir judicialmente a abstenção da União e dos Estados. A constituição organiza toda estrutura política e institucional, inclusive distribuindo competência e atribuições para determinadas figuras, nesse caso haverá o direito subjetivo daquele que recebeu determinada função constitucional. (Barroso, 1994, p. 42).

Aos direitos fundamentais, por sua importância fundamental ao Estado Constitucional, dá-se aplicabilidade imediata e eficácia plena¹⁴, desde que inexista previsão de regulamentação por lei superveniente. As normas definidoras de direito são normas que asseguram ao titular uma situação ativa ou de vantagem, que pode ser imediatamente exigível para o Poder Público (Barroso, 1994, p.39).

Além de direito subjetivo, os direitos fundamentais são também parte essencial da identidade da constituição, a conjunção de forças para a concretização desses direitos forma a base do Estado Democrático. Sobre essa relação Ingo Sarlet (2012, p. 46) comenta que inexistente, hodiernamente, Estado Democrático de Direito que não esteja atrelado a realização desses direitos:

(...) isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático (Sarlet, 2012, p. 46).

¹³A categorização das normas constitucionais mais amplamente adotada é aquela proposta por José Afonso da Silva, que as classifica com base em sua eficácia. Dessa maneira, as normas são consideradas de eficácia plena quando, desde sua inclusão na constituição, estão habilitadas a gerar todos os seus efeitos; normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas capazes de incidir de maneira integral, produzindo todos os seus efeitos, mas contemplam a possibilidade de ter parte de seus efeitos contidos, mediante a promulgação de uma norma superveniente. Por fim, as normas de eficácia limitada referem-se àquelas que podem descrever órgãos ou instituições, dependentes de legislação para sua criação, bem como a propósitos sociais, os quais carecem de leis para sua regulamentação (Silva, 1982, p.4).

¹⁴ A aplicabilidade é a possibilidade de uma norma incidir, enquanto eficácia é a possibilidade de concretização dos objetivos do legislador na realidade, para irradiação das consequências que lhe são próprias. Nesse diapasão, eficácia social ou efetividade seriam os efeitos de uma regra através de seu cumprimento, seria a concretização no mundo dos fatos (Barroso, 1994, p. 35).

Os direitos fundamentais podem exercer diferentes funções no ordenamento jurídico. Originalmente esses direitos foram concebidos como direitos de defesa, ensejando um não-fazer por parte do Estado, a fim de proteger as pretensões subjetivas dos particulares. Esses direitos são caracterizados pelas prestações de índole negativa, enquanto as novas gerações de direitos utilizam-se de normas que expressam pretensões que geram deveres ao Estado para sua concretização (Mendes, 1999, p. 2).

Atualmente concebe-se que até as liberdades individuais necessitam da atuação direta do Estado para serem concretizadas, sendo chamadas de prestações positivas normativas. O Estado necessita edificar uma estrutura para que o indivíduo possa gozar de sua liberdade. No direito à propriedade, além da não intervenção, é necessário um aparato cartorário e meios de defesa contra possíveis violações, como a atuação do poder legislativo na criminalização de certas condutas e a disponibilização do monopólio da violência estatal, por intermédio da polícia (Mendes, 1999, p.3).

Como visto, todos os direitos necessitam direta ou indiretamente da atuação do Estado, até mesmo de suas esferas governamentais e instâncias eminentemente administrativas¹⁵. Essas implicações trazem uma maior aproximação de direito e política, além da possibilidade de judicialização de pretensões que careciam originalmente de vontade política do legislador (Mendes, 1999, p.4).

Em relação à última espécie de normas constitucionais, quanto à aplicabilidade das normas programáticas não podem ser exigidas na qualidade de direitos subjetivos, impondo ao Estado prestações positivas, uma vez que não delineiam os meios para obtenção de seus fins. Contudo, há a eficácia negativa impedindo o Estado de realizar comandos negando a sua vigência (Barroso, 1994, p. 44).

De certo é que todas as normas constitucionais, mesmo as programáticas, terão uma eficácia mínima perante o Estado, pois influenciarão na integração e interpretação de suas ações¹⁶. As normas programáticas são importantes para a definição da estrutura axiológica da Constituição, inclusive, em relação à interpretação do corpo legislativo infraconstitucional em conexão com os valores privilegiados pelo constituinte (Barroso, 2006, p. 44).

¹⁵ Nesse diapasão, surge o direito à organização e ao procedimento, sendo definido como a pretensão contra o Estado para realização de atos administrativos para concretização do conjunto de direitos que necessitam providências estatais, seja através do procedimento, instituições, ou conformação dos órgãos. A principal problemática concernente a esse direito é a definição de em que medida uma obrigação direcionada ao Estado transmuta-se em direito subjetivo de um cidadão e em que intensidade (Mendes, 1999, p.4).

¹⁶ Em referência às normas constitucionais definidoras de direitos, atualmente é reconhecida a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que seriam os critérios de controle da ação estatal, para que independentemente de titularidade, pretensão ou violação, sejam observadas pelo Estado (Nascimento, 2011, p. 3).

Em relação às normas de conteúdo aberto, após a Segunda Guerra Mundial houve a introdução do princípio da dignidade da pessoa humana nas cartas constitucionais, sendo filtro axiológico presente na maioria das constituições democráticas do pós Guerra. A dignidade da pessoa humana impõe atuações positivas por parte do Estado na busca de conferir o mínimo existencial. Inclusive, esse princípio é visto como o núcleo básico dos direitos fundamentais (Barroso, 2006, p. 44).

A efetividade dessas normas constitucionais é adstrita a um judiciário independente e a inscrição de instrumentos formais de acesso à tutela jurisdicional. O ordenamento jurídico deve se revestir de mecanismos para garantia da concretização dos preceitos constitucionais. Lauro Ishikawa e Clóvis Smith Frota Jr. (2019, p. 134), comentam da ligação entre Supremacia da Constituição e o papel do Poder Judiciário como mediador para efetivação desse princípio:

A superação do modelo absolutista de Estado e da configuração original do Estado de Direito deu lugar ao Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição dá medida e forma aos atos do poder público. Dotada de supremacia, mais do que mera norma, ela assume a condição de ordenadora jurídica fundamental. Contudo, essa condição só se torna efetiva se a sua guarda for conferida a tribunais independentes, muitas vezes um supremo tribunal, o que confere papel essencial ao Poder Judiciário, tornando-o responsável por subsumir ao direito o caso concreto (Ishikawa; Frota Jr., 2019, p. 134).

Nesse contexto, os juízes assumem papel imprescindível na concretização do direito constitucional e o respeito advindos da Lei Maior. Assim, a incompatibilidade com a Constituição deve facultar à instância judiciária competente a emissão de pronunciamento a fim de: I. reconhecer a não recepção de normas infraconstitucionais, anteriores à promulgação da Constituição; II. promover a declaração de inconstitucionalidade de normas infralegais que não estejam alinhadas com a ordem constitucional; III. e realizar a interpretação conforme a Constituição (Barroso, 2006, p.40).

A concretização dos direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário é viabilizada através de instrumentos processuais e métodos de interpretação. Desta feita, utiliza-se a posição do aplicador do direito para efetivamente cumprir aquilo que está disposto no texto constitucional¹⁷. Por isso, a judicialização de direitos que não estão inscritos de forma

¹⁷ Na visão de Luís Roberto Barroso (1996, p. 46), em um Estado democrático de direito, considerando que a finalidade última do poder Judiciário é a interpretação das normas, há dois caminhos para a efetividade das normas constitucionais. A primeira forma seria realizada por intermédio da sociedade civil, com papel de fiscalização e pressão para que as políticas públicas elencadas no texto da constituição possam adentrar o campo da realidade. Para isso, é necessário que a Constituição disponha de meios formais para a atuação dessas entidades. O segundo caminho visualizado é por intermédio do esgotamento dos meios via Poder Judiciário, utilizando métodos de interpretação e aplicação.

explícita para incidir em determinada situação, ou a utilização de princípios e cláusulas abertas, devem ter atuação do intérprete a partir de parâmetros objetivos, que tragam segurança jurídica e afaste voluntarismos (Barroso, 1994, p. 47).

A expansão da jurisdição constitucional reverberou em diversas críticas à importância dada ao Poder Judiciário¹⁸, visto que, os tribunais constitucionais passaram a ter a palavra final sobre a validade e a conformidade dos atos de outros poderes. Além disso, a interpretação conforme a constituição de situações não reguladas diretamente pelo texto constitucional, ofertou maior espaço criativo ao judiciário (Barroso, 1994, p. 197).

Ademais, a multiplicidade de demandas trazidas às cortes constitucionais não se harmoniza com a capacidade institucional do órgão¹⁹. Isso porque, algumas matérias seriam mais bem resolvidas por outros poderes ou instituições, principalmente lides que demandam conhecimento técnico ou específico (Barroso, 1994, p. 197).

As críticas mais extensas à atuação proeminente do Poder Judiciário estão na formação dos julgadores, vez que não possuem legitimidade advinda da vontade da maioria. Apesar da existência de mecanismo de participação popular, como audiências públicas e *amicus curiae*, a centralização dos debates importantes para a sociedade para as cortes constitucionais traz apatia da população e excesso de política para os julgadores (Barroso, 2013, p. 197).

Apesar dos problemas, a expansão da jurisdição constitucional tem especial relevância aos países de democratização tardia, como os Sul-americanos, em razão da fragilidade da representação democrática no seio do Poder Legislativo. No Brasil, Luís Roberto Barroso (2009, p.6) fala sobre o desenvolvimento da doutrina brasileira da efetividade, que buscou através da atuação do judiciário corrigir mazelas da formação nacional e falta de vontade política para o cumprimento dos ditames constitucionais.

O pós-positivismo, com a experiência fracassada da Segunda Guerra Mundial, traça caminhos para assegurar o mínimo de direitos fundamentais. O importante passo para a mudança não está apenas na aplicabilidade das normas constitucionais, mas na efetividade de

¹⁸ “Ativismo judicial” é o termo que designa o período em que Earl Warren presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos. (1954-1969). Durante esse período foram operadas diversas reformas em matéria de direito fundamentais, sem a participação do legislativo, em verdadeira atividade criativa do direito (Barroso, 2013, p. 194).

¹⁹ No caso brasileiro a situação é ainda mais grave, pois o Supremo Tribunal Federal não se constituiu uma corte constitucional, nos moldes das cortes constitucionais europeias. Além das matérias referentes ao controle de constitucionalidade, o tribunal possui competência originária de processos comuns e última instância recursal (Rocha, 1997, p.2).

produzir os seus efeitos no campo da realidade essas mudanças traçaram maior protagonismo para o intérprete das normas constitucionais, principalmente em países com fragilidades no sistema representativo, com dificuldade implementação de melhorias pelo campo legislativo.

2.3 A ordem constitucional de 1988

O Estado Constitucional Democrático surge no Brasil por intermédio da Constituição de 1988. A cultura jurídica brasileira, anterior à promulgação da Constituição Cidadã, não tinha o compromisso em efetivar os preceitos constitucionais²⁰. Ademais, o Código Civil era o diploma jurídico de importância central no ordenamento jurídico, trazendo-o inteireza e unidade ao sistema (Barroso, 2006, p.38).

A constituinte de 1988 promulgou um amplo catálogo de direitos fundamentais, além de conter matriz principiológica²¹ aberta, inspiradas nas constituições ibéricas, com o intuito de albergar conjunto de valores e finalidades públicas essenciais para a sociedade. Importantes dispositivos da Constituição Cidadã podem ser destacados como símbolo de uma virada neoconstitucionalista como: a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5, § 1º)²²; inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV); os remédios constitucionais e as ações do controle concentrado, com a ampliação do rol de legitimados (Sarmiento, 2009, p.14).

O sistema jurídico brasileiro foi delineado para acampar um extenso catálogo de direitos fundamentais. As normas constitucionais definidoras de direito não estão dispostas de forma homogênea na Carta Constitucional. O artigo 5º, §2º, da Constituição Federal admite que o sistema jurídico reconheça direitos fundamentais implícitos, que seriam derivados de

²⁰ Daniel Sarmiento (2009, p. 14) elenca uma série de exemplos na história constitucional brasileira que demonstram a ausência de compromisso com os preceitos constitucionais, como: a legalidade da escravidão na Consituição 1824, ante a existência do direito a igualdade; a fraude as eleições, quando a Constituição de 1891 preceituava o sufrágio universal; a Consituição de 1937 dispor sobre o processo legislativo, mesmo o Congresso estando fechado; e o direito a integridade física na constituição de 1969, mesmo com prisões arbitrárias e tortura.

²¹ O conteúdo material da Constituição cidadão, principalmente o principiológico, por vezes, é extremamente criticado por alguns doutrinadores, isso porque, a Constituição de 1988, é considerada prolixa, se pronunciando sobre matérias que poderiam ser disciplinadas por normas infraconstitucionais. Além disso, a excessividade de princípios, sem a utilização das regras, pode acarretar em uma baixa densidade normativa desses princípios. (Schier, 2005, p.155)

²² O dispositivo contido na Constituição brasileira é de evidente inspiração em outras cartas constitucionais como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 1º, item 3. : "Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário." Como também a Constituição portuguesa, em seu art. 18. item I: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas." (Barroso, 1994, p.50)

outros direitos fundamentais e princípios positivados na Lei Maior. Paulo Ricardo Schier (2005, p. 158) fundamenta que o dispositivo se trata de verdadeira cláusula de abertura dos direitos fundamentais, que não ficam restritos ao “Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, podendo existir, explícita e implícita, fora do catálogo textual desenhado pelo constituinte²³.

O conteúdo da Constituição de 1988 disciplina uma grande quantidade de matérias, por isso, importantes ramos do direito infraconstitucional são diretamente regulados pela constituição, como: o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário e internacional²⁴. Dessa forma, a Lei Maior brasileira diminui diretamente a discricionariedade do legislador ordinário na edição de leis, sendo a fonte primeira de alguns segmentos da legislação ordinária (Barroso, 2018, p.26).

Além disso, a Constituição dispõe de um amplo rol de princípios que têm definições abertas e vagas, mas contém ampla carga axiológica, como o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no primeiro artigo da Constituição Federal. Dessa forma, há a possibilidade de incidência desses termos abertos para quase todos os conflitos presentes no judiciário, tendo como consequência negativa a banalização do uso do princípio (Sarmiento, 2009, p. 15).

Na óptica de Luís Roberto Barroso (2013, p.193), o protagonismo do judiciário como instância de decisão da maioria das matérias que envolvem a vida pública brasileira é uma consequência do próprio sistema jurídico. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, o qual é atribuído a competência de guardião da constituição, e outras instâncias do judiciário transformam-se em peça-chave na organização social:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana - em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto - e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário (Barroso, 2013, p.193).

²³ Os direitos fundamentais recebem regime diferenciado em nossa constituição, tendo aplicabilidade imediata e intangibilidade. Dessa forma, os direitos elencados fora do catálogo precisam de requisitos para determinar sua fundamentalidade, como os critérios da equiparação e o da vinculação (Schier, 2005, 155).

²⁴ Um dos problemas decorrentes disso é o volume de ações no Supremo Tribunal Federal, uma vez que um amplo rol de matérias tem como fonte direta à Constituição. Inclusive, a Emenda Constitucional nº 45, sobre a necessidade de repercussão geral nos recursos extraordinário foi motivado em razão da grande quantidade desses recursos (Barroso, 2013, p. 24).

No panorama neoconstitucionalista, o judiciário é acionado por seus meios formais, com destaque a possibilidade de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1988 possui diversas ferramentas para acionar a tutela jurisdicional sobre direitos fundamentais. Alguns meios processuais se destacam pela maior atuação da população, como a ação popular e ação civil pública, que legitimam o cidadão e as organizações da sociedade civil a pleitearem matérias concernentes ao interesse público e direitos de índole social (Barroso, 1994, 47).

No Brasil, adota-se o sistema misto de controle de constitucionalidade²⁵, ou seja, o controle pode ser realizado de forma incidental por qualquer órgão julgador, chamado modelo americano, ou exercido de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado abriga, de acordo com o art. 28, § único, da Lei nº 9.868, as seguintes espécies: a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁶ (ADPF) e ação direta de inconstitucionalidade (ADI), comum e por omissão (ADO) (Dimoulis; Lunardi, 2014, p. 4).

O sistema jurídico brasileiro integrou, a partir de experiências europeias, mecanismos voltados para assegurar a Supremacia da Constituição. Dentre esses dispositivos, alguns se destacam pela sua natureza inovadora na salvaguarda dos direitos fundamentais, estabelecendo uma interação dialética com as atividades dos demais Poderes, notadamente o Poder Legislativo. Entre essas novidades tem destaque para Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, derivada de disposição similar presente na Constituição Portuguesa de 1976, e técnicas de decisão como a interpretação conforme a constituição e Declaração de Inconstitucionalidade Parcial sem redução do Texto, influenciada pela Corte Constitucional Alemã (Barroso, 1994, p. 54).

A introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da promulgação da Constituição de 1988. A inconformidade com a constituição, que suscitaria a utilização do Poder Judiciário, seria justamente uma omissão estatal, quando se há um dever do Estado em agir em prol da concretização de determinada norma ou direito. As espécies de omissão seriam do Poder Legislativo em editar norma integradora, do Poder executivo na edição de instrumentos

²⁵ O controle de constitucionalidade no Brasil existe desde a Constituição de 1891, com inspiração no modelo americano, exercido de forma difusa por qualquer órgão julgador, deixando de aplicar o ato normativo considerado incompatível com a constituição. Por sua vez, o Controle concentrado surge com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965 (Rocha, 1997, p.2).

²⁶ A ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma criação brasileira, fruto da Constituição de 1988 (Saraiva Filho, 2000, p.1).

secundários para disciplina de leis e políticas públicas, e de outros poderes constituídos pela Constituição (Barroso, 1994, p. 55).

A ação seria necessária justamente em razão da lógica do sistema jurídico que comportaria dois preceitos contrapostos. O primeiro seria um direito que não tem nenhum poder de ação, ficando destituído de seu atributo de imperatividade. O outro preceito seria justamente a ideia de Supremacia da Constituição, visto que o legislador, através de sua omissão interfere que a norma constitucional produza seus efeitos (Barroso, 1994, p. 57).

As outras formas têm especial relação com a não modificação do texto editado pelo Poder Legislativo, conferindo menor intervenção ao trabalho do legislador. A constitucionalização do direito promoveu um maior protagonismo do Poder Judiciário, sendo preciso o desenvolvimento de técnicas que permitissem sua atuação sem sobrepujar outros Poderes.

2.3.1 Novas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade: a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto

Outra novidade incorporada pela jurisprudência, e mais tarde positivada na lei, foram as técnicas de interpretação conforme a constituição²⁷ e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Todas elas têm como pressuposto a harmonização do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e a Supremacia da Constituição (Cunha jr., 2015, p.1).

A lei, em regra, deve ser formulada em termos gerais e abstratos, de modo que possa alcançar um número adequado de fatos e relações sociais. Os textos de lei devem ser dotados de abstratividade, impessoalidade e generalidade, de modo que possam incidir sobre o maior número de situações, pessoas e períodos. Além do esforço em especificar ao caso concreto disposição abstrata, com a publicização do direito houve a inclusão de conceitos abertos, princípios e cláusulas gerais que demandam mais esforço interpretativo. A interpretação é a

²⁷ O termo “interpretação conforme a constituição” pode designar dois eventos diferentes, uma seria a regra de interpretação, levando em conta a Supremacia da Constituição, toda lei deve ser lida de forma a dá a maior efetividade à norma constitucional. Diferentemente, a técnica é empreendida quando há um texto com estrutura polissêmica, onde podem ser retiradas diferentes interpretações, contudo uma delas é manchada pela inconstitucionalidade. Dessa forma, o tribunal indica qual interpretação deve ser dada de forma a preservar a validade da norma e a Supremacia da Constituição. (Dimoulis; Lunardi, 2014, p.5)

atividade do aplicador do direito de extrair o significado da norma, adequando o texto abstrato ao caso concreto para descobrir seu alcance e extensão (Ribeiro, 2009, p. 150).

O aplicador do direito é figura essencial para extrair o sentido da norma, sendo o ponto de partida da interpretação suas pré-compreensões de vida. Dessa forma, a interpretação deve ter limites para que não se torne um ato de vontade do intérprete. Os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórico, teleológico, sistemático) foram os primeiros passos para a introdução de racionalidade e técnica na atividade interpretativa (Ribeiro, 2009, p. 155).

A interpretação constitucional também proporcionou o desenvolvimento de outros métodos como tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante. A falta de critério para seleção de qual método será o adequado para determinadas situações também levam a críticas de escolhas centralizadas para dar decisões pré-concebidas. Em uma interpretação realizada por força dos sentimentos do aplicador do direito há a inversão do processo, com a decisão final que se deseja determinando o método de interpretação a ser utilizado²⁸ (Ribeiro, 2009, p. 155).

O advento da constitucionalização do direito ressignificou outros métodos da interpretação da legislação infraconstitucional. O método sistemático que outrora tinha como paradigma a verificação da interpretação com a unidade do sistema, traz a ideia de que os textos devem ser interpretados no seu conjunto. O fundamento desse método de interpretação é justamente a visão da norma como um componente de um sistema, que tem uma lógica própria (Ribeiro, 2009, p. 156).

Posto isso, a Constituição como norma fundamental é o ponto de partida para toda interpretação jurídica. É a Lei Fundamental que traz coerência ao ordenamento jurídico, e todas as outras normas infraconstitucionais devem estar em harmonia com ela. A constituição, para além de sua função de parâmetro de validade das demais normas, é também vetor hermenêutico (Ribeiro, 2009, p. 156).

A interpretação orientada pela Constituição deve está presente nas preferências do aplicador do direito, devendo escolher, entre as diversas interpretações de uma norma, aquela que servirá melhor para concretizar os preceitos constitucionais. A técnica não deve estar restrita ao Poder Judiciário, devendo ser utilizada pela administração pública e pelo particular na interpretação de atos normativos (Ribeiro, 2009, p. 159).

²⁸ O devido processo legal e as garantias constitucionais, como a devida fundamentação das decisões são importantes instrumentos de legitimidade das decisões judiciais. (Ribeiro, 2009, p. 155)

O reconhecimento da centralidade da Carta Maior no ordenamento jurídico levou ao desenvolvimento da interpretação conforme a constituição como técnica de controle de constitucionalidade, sem a declaração de inconstitucionalidade. Na interpretação conforme a constituição se definirá o sentido da norma e o seu alcance, na declaração de inconstitucionalidade a norma já tem seus sentidos definidos e sobre eles que se analisará a compatibilidade com a constituição (Ribeiro, 2009, p.159).

Esse tipo de interpretação tem forte atuação no controle de constitucionalidade em razão da incidência do princípio de presunção de constitucionalidade das leis, o qual milita pela intenção do legislador em sempre realizar sua atividade em consonância com a concretização da constituição, e o princípio do máximo aproveitamento dos atos normativos, o qual prescreve, sempre que possível, manter a norma no sistema a fim de evitar espaços normativos vazios ou os efeitos de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade (Ribeiro, 2009, p. 160).

A constitucionalização de diversas matérias de natureza infraconstitucional, com a inclusão de princípios constitucionais abertos, a maioria das demandas podem ser levadas ao Tribunal Constitucional brasileiro. Posto isso, a interpretação conforme à constituição, que tem como resultado uma decisão interpretativa e não uma declaração de inconstitucionalidade, seria a menor interferência de um poderoso judiciário perante a atividade do Poder Legislativo. Assim, parte da doutrina visualiza a técnica interpretativa como forma de harmonizar os Poderes (Ribeiro, 2009, p. 161).

A técnica de interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão²⁹, fundamenta-se na coesão da ordem jurídica, de modo que a interpretação atribuída a uma lei deve estar em consonância com os valores fundamentais expressos na estrutura constitucional. Nesse contexto, o tribunal delinea a interpretação que se alinha à Constituição, preservando tanto o texto quanto a validade da lei (Hesse, 1998, p. 63).

Essa técnica é aplicável exclusivamente a normas polissêmicas, as quais podem admitir mais de um significado válido sem violar as disposições gramaticais do texto legal. A polissemia não é escopo para realização de interpretações arbitrárias e malabarismo jurídicos. Apesar dos avanços dos métodos interpretativos, toda interpretação jurídica deve iniciar a partir dos dados linguísticos, constituindo seu consenso mínimo claro como fator limitador à

²⁹ Os Estados Unidos foi o precursor da técnica, porém, foi da Alemanha que o Brasil importou para os seus tribunais

atividade do intérprete. As palavras dispostas em um texto de lei devem ser primordialmente vistas através do significado incorporado pelo uso comum e a técnica da linguagem. O sentido final atribuído a norma não pode ser desvinculado do texto do dispositivo (Ribeiro, 2009, p.162).

Ademais, a interpretação não deve contrariar a intenção original do legislador. Nessa linha, admite-se que a inscrição de um texto legal tem a finalidade de regular determinadas situações de uma certa maneira. Quando claro o sentido do legislador em seus objetivos com determinado dispositivo, não pode o Poder Judiciário atribuir-lhe outro (Ribeiro, 2009, p. 164).

Há duas vertentes que estudam a vontade do legislador, a primeira é a teoria subjetivistas predizendo que deve prevalecer a *mens legis*, ou a vontade oculta do legislador. Por sua vez, a Corte Constitucional Alemã admite a teoria objetiva, a qual a vontade é extraída do sentido veiculado do texto. Nesse sentido, teria sua própria vontade formada a partir das disposições das palavras utilizadas pelo legislador para configurar o dispositivo legal (Ribeiro, 2009, p. 164).

O Brasil historicamente filiou-se à teoria subjetiva, utilizando como parâmetro a vontade oculta do legislador. Essa tendência foi demonstrada através de julgamento do Supremo Tribunal Federal, o qual o acórdão realizou diversas remissões às falas parlamentares como fundamento da decisão como no caso da ADI nº 3.046, de 15 de abril de 2004 e a Representação nº 1.417, julgada em 09 de dezembro de 1987. A utilização da vontade subjetiva do legislador garante maior limitação ao aplicador de forma que não atue como legislador positivo (Ribeiro, 2009, p. 164).

A concretização da constituição é tarefa primeira do Poder Legislativo, em razão de seu respaldo democrático, como representante do povo. Os critérios do método interpretativo servem para diminuir a possibilidade de tensões entre o legislativo e o judiciário, além de frear tentativas de abuso. O aplicador do direito não pode utilizar uma técnica interpretativa como subterfúgio para revisar o conteúdo de uma norma. A interpretação conforme a constituição destituída de limites torna-se instrumento de arbitrariedade (Ribeiro, 2009, p.167).

Na visão de Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 194), a interpretação conforme a constituição é um artifício problemático no sistema jurídico brasileiro, principalmente em virtude da ausência de fundamentação, apenas com a menção da utilização do instrumento.

Além disso, o autor estrutura uma crítica relacionada aos três principais fundamentos da técnica, os quais seriam: a unidade do sistema jurídico, a presunção de constitucionalidade das leis e o respeito à obra do legislador.

A unidade do sistema jurídico como fundamentação da interpretação conforme a constituição é criticada em razão da diferença entre “interpretar em consonância com as disposições constitucionais, como fonte de validade de toda lei a ato normativo secundário” e “tentar salvar uma norma dando-lhe sentido que tenha resguardo constitucional”. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei produz o mesmo efeito de preservação da unidade do ordenamento (Silva, 2006, p. 195).

A presunção de constitucionalidade das leis, apesar de se constituir em um princípio consolidado no Brasil e no exterior, é vista como um princípio de fundamentação frágil. Dessa forma, seria necessário apenas uma fagulha de constitucionalidade para a salvação do ato impugnado, sem levar em conta outros possíveis aspectos problemáticos do dispositivo (Silva, 2006, p. 196).

Além disso, com a gama de matérias e princípios abertos presentes nas novas constituições é fácil encontrar um argumento genérico para a defesa da constitucionalidade de certos atos normativos. A unidade da constituição estaria melhor preservada através da declaração de inconstitucionalidade. Nesses casos, a escolha de se utilizar interpretação conforme a constituição deve ser fruto de uma ponderação entre a vontade do legislador, qual direcionamento ele queria para aquele ato, e outras variáveis que podem demonstrar o teor inconstitucional da escolha do Poder Legislativo (Silva, 2006, p. 196).

Por fim, Afonso da Silva (2006, p. 197) vê a técnica como desnecessária ao sistema jurídico brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade tem face dupla, dessa forma, todas as vezes que ela entende que o dispositivo não é inconstitucional, ela realiza a declaração de constitucionalidade delimitando seus limites interpretativos. Nesse caso, o próprio Supremo Tribunal Federal fará pronunciamento do sentido, do alcance e da extensão da norma, em conformidade com a constituição, submetida ao controle.

Por sua vez, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal faz uso da expressão “interpretação conforme a constituição sem redução de texto”. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto é utilizada para excluir uma das possíveis situações de incidência das normas que se afigura contrária à constituição. Desta feita, faz em

si uma declaração de inconstitucionalidade de modo abstrato, atraindo a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (Dimoulis; Lunardi, 2014, p. 21).

Caso a declaração seja por meio do controle difuso nos tribunais, deve ser respeitada a cláusula de reserva do plenário³⁰. Diferentemente da interpretação conforme a constituição, não há discussão sobre a interpretação passível da norma, mas sim redução do seu âmbito de incidência, retirando do suporte fático da norma circunstância em que haveria sua aplicação (Dimoulis; Lunardi, 2014, p.21)

A técnica é comumente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para excluir categorias do âmbito de incidência de determinadas normas. Por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127 do Distrito Federal, proposta pela Associação de Magistrados Brasileiros – AMB, que excluiu a categoria dos juízes eleitorais das profissões incompatíveis com a advocacia (Cardoso, 2010, p. 62).

A impugnação foi realizada contra o artigo 28, inciso II, da Lei 8.906, que proíbe o exercício da advocacia por profissionais do direito no cargo de juízes. O dispositivo foi confrontado com a Constituição Federal que prevê que a Justiça Eleitoral será composta por membros da advocacia. Assim, o dispositivo manteve-se válido, excluindo a hipótese de incidência dos advogados ocupantes do cargo de juiz eleitoral (Cardoso, 2010, p. 62).

A Constituição de 1988 adotou tanto a forma quanto os instrumentos presentes nas constituições europeias, estabelecendo um novo paradigma para o Poder Judiciário por meio da concentração de temas e competências. A aplicação diligente desses princípios, pautada por critérios objetivos, contribui significativamente para conferir maior justiça e efetividade ao ordenamento jurídico brasileiro.

³⁰ A técnica de declaração parcial de inconstitucionalidade foi muito utilizada pelos juízes alemães em razão da preferência do país em realizar o controle abstrato, atraindo a competência da declaração apenas à Corte Constitucional (Silva, 2009, p. 201).

³¹ O Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 10 com o fim de afastar a utilização de técnicas como a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para não submeter a decisão de inconstitucionalidade a cláusula de reserva do plenário: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afaste sua incidência, no todo ou em parte.

3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS NO BRASIL

Os direitos difusos e coletivos surgem nos pós Segunda Guerra Mundial como um reflexo das aflições divididas pela humanidade. Os direitos de defesa e sociais se tornam insuficientes para salvaguardar o bem-estar comum, requerendo do constituinte uma posição ativa em consagrar os novos direitos emergentes, baseados em fraternidade e solidariedade, na Carta Constitucional.

A sociedade atual carece ainda mais da tutela desses direitos em razão da mudança da estrutura dos problemas. A Revolução Tecnológica e Científica proporcionou a diminuição das fronteiras físicas e a afetação em massa. As lesões a direito emergentes têm como profunda características o dano a uma coletividade, dissociando-se da ideia de esfera individual do sujeito de direito (Lopez, 2010, p. 1225).

A existência de problemas de origem comum, seja realizada a ligação por fato ou relação jurídica, que atingem toda a coletividade demandam o aperfeiçoamento da estrutura do Estado para garantir de forma eficaz os direitos do cidadão. Nessa perspectiva, os instrumentos jurídicos para a tutela dos direitos transindividuais são dissociados daqueles utilizados apenas para demandas individuais, a adaptação do procedimento tem como finalidade o oferecimento de uma tutela eficaz.

O problema mais proeminente em relação a direitos transindividuais, na escala processual, diz respeito à legitimidade ativa, vez que problemas em larga escala transpassam o interesse meramente individual. Nessa seara, há grandes dificuldades para o pleito ser realizado individualmente, principalmente em razão dos réus nesse tipo de ação serem litigantes habituais, com ampla estrutura jurídica. Dessa forma, surge a importância do fortalecimento de uma instituição pública capaz de fornecer a defesa da sociedade (Mazzilli, 2006, p. 48).

Após a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que oferecia ao *parquet* a titularidade exclusiva da ação de responsabilidade civil e penal por dano ambiental. O Ministério Público e alguns processualistas brasileiros sentiram a necessidade de um instrumento próprio para tutela dos direitos transindividuais. A Lei da Ação Civil Pública, com as alterações inseridas pela Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, tornou-se o principal diploma brasileiro para a tutela dos direitos de terceira dimensão, com destaque a atuação proeminente do Ministério Público (Alonso Jr, 2005, p. 208).

3.1 A importância da tutela coletiva na contemporaneidade

O panorama do neoconstitucionalismo recai sobre a centralidade da eficácia dos direitos fundamentais, sendo a sua aplicabilidade *conditio sine qua non* para a existência de Estado Constitucional Democrático. Conforme afirma Ingo Sarlet (2012, p. 46), esses direitos possuem íntima relação com as concepções de constituição e Estado de Direito, vez que, os direitos e a Lei maior, surgem com a finalidade de limitar a atuação do Estado.

No contexto do Estado Constitucional clássico, os direitos de defesa, denominados como de primeira dimensão, originaram-se durante as revoluções liberais e constituíram o ponto inicial para o desenvolvimento do constitucionalismo. Os direitos civis e políticos foram não apenas incorporados à constituição, mas também devidamente normatizados na legislação ordinária, ampliando assim sua consolidação (Gavronski, 2005, p. 21).

A influência da industrialização, bem como os impactos do fortalecimento das ideias socialistas, demonstrou a necessidade de nova atuação do Estado, com a função de um intermediador do bem-estar social. O reconhecimento de que o indivíduo tem o direito de gozar do mínimo de bens básicos, reclamou intervenções ativas do Estado em busca da igualdade material. Dessa forma surge, *Welfare State* (Estado de bem-estar-social), sendo seu reflexo, na seara dos direitos fundamentais, a afirmação e o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais (Sarlet, 2012, p. 32).

Os direitos de natureza social, abrangendo áreas como saúde, educação e assistência social, fundamentam-se em posições jurídicas predominantemente prestacionais, demandando intervenções positivas por parte do Estado. Anteriormente, os direitos sociais eram positivados com uma estrutura normativa programática, caracterizando-se como elementos proativos para o estabelecimento de políticas públicas, sujeitas à vontade política do legislador e da administração pública (Gavronski, 2005, p. 21).

Ao longo do tempo, esses direitos, embora sujeitos à titularidade individual, como evidenciado em disputas trabalhistas, progressivamente adquiriram características coletivas, passíveis de serem detidas por grupos ou classes específicas. Apesar da expressão coletiva de alguns direitos sociais, pouco se falava da tutela coletiva de direitos perante o judiciário. A revolução na tutela coletiva é acompanhada do surgimento de novos direitos, que tiveram sua racionalidade baseada nas necessidades da humanidade no pós Segunda Guerra Mundial (Gavronski, 2005, p. 21).

Os eventos do período de guerras trouxeram profundas reflexões sobre os problemas da humanidade como um todo, principalmente com o impacto da energia nuclear e os seus efeitos para o cidadão global. A bomba atômica, com força para destruir a humanidade, trouxe a percepção da socialização dos problemas na pós-modernidade, com a inclusão da discussão sobre direitos pautados nos ideais de solidariedade e fraternidade, como o direito à paz³² e autodeterminação dos povos (Gavronski, 2005, p. 21).

O período de estabilização dos conflitos bélicos na Europa também proporcionou o avanço do mercado e a expansão das corporações transnacionais. Os países periféricos, caracterizados por mão de obra mais acessível e abundância de recursos naturais, emergiram como alvos de significativos desastres ambientais. Embora o direito ao meio ambiente remonte às legislações da Roma Antiga, as atuais transgressões demandam instrumentos jurídicos mais sofisticados e a consolidação do meio ambiente como um bem jurídico necessário à vida humana, tutelável *per se*, sem a necessidade do dano direto ao ser humano (Gavronski, 2005, p. 21).

Os direitos que atingem uma coletividade foram denominados transindividuais, constituindo uma categoria ampla que engloba as espécies de direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*. Caracterizam-se pela natureza indivisível, tanto do ponto de vista jurídico quanto material, e pela titularidade indeterminada. Estes direitos são atribuídos a classes ou categorias de indivíduos, os quais, do ponto de vista jurídico, não possuem a faculdade de fracionar suas pretensões. Em caso de violação desses direitos, todos os potenciais titulares são prejudicados de maneira integral (Coimbra, 2011, p. 67).

As duas espécies de direitos transindividuais são diferenciadas a partir do elemento que cria a ligação entre o grupo de pessoas que é titular da pretensão. Dessa forma, nos direitos difusos, o número indeterminado de pessoas são conectadas pelo mesmo fato. Não há como especificar o grupo, nem dividir as pretensões. Como exemplos dessa espécie há o direito do consumidor, o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito ao patrimônio público, histórico e cultural (Coimbra, 2011, p. 67).

Por sua vez, nos direitos coletivos, o grupo de pessoas são ligadas através da mesma relação jurídica³³, dessa forma é possível especificar o grupo ou coletividade que detém a

³² Na visão de Paulo Bonavides (2008, p.83), o direito à paz seria um direito de quinta geração, o autor discorda da colocação de Karel Vasak, em razão da ausência de desenvolvimento teórico do tema, o direito à paz tornou-se esquecido.

³³ Essa definição está positivada no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

titularidade do direito. Além disso, a indivisibilidade do direito é relativa, sendo possível só parte do grupo ser atingido com a lesão, como exemplos de direitos coletivos há o direito do idoso, da pessoa com deficiência, os direitos dos povos indígenas e direitos sindicais (Coimbra, 2011, p. 67).

No âmbito do direito constitucional, há uma alerta considerável em relação à positivação dos direitos transindividuais, suscitando preocupações significativas acerca da ausência de reconhecimento desses direitos na legislação interna. A proteção jurídica desses direitos, muitas vezes, repousa nos tratados internacionais, os quais consagram princípios fundamentais, tais como a preservação da paz e a autodeterminação dos povos (Coimbra, 2011, p. 74).

A Constituição de 1988 desempenhou um papel crucial ao incorporar alguns desses direitos como princípios e objetivos, enquanto outros, abrangendo a esfera dos direitos coletivos em sentido amplo, foram expressamente positivados como direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o legislador constituinte conferiu especial destaque ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, CF/88), a probidade administrativa (Art. 37, Parágrafo 4º, CF/88) e a proteção do consumidor (Art. 5º, XXXII, CF/88) (Coimbra, 2011, p. 74).

Todos esses direitos foram inscritos na Constituição de 1988, em capítulos diferentes dos direitos e garantias fundamentais, o que não retira sua fundamentalidade, pois o Brasil possui catálogo aberto de direitos fundamentais. O caráter de fundamental denota a escolha do constituinte a um regime jurídico diferenciado, com a aplicabilidade imediata, além da importância na hierarquia axiológica da Constituição.

A inclusão destes direitos no rol dos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição de 1988, evidencia a intenção de instituir no Brasil um Estado Democrático Constitucional. Tal medida não apenas abraça os tradicionais direitos de defesa e sociais, mas também incorpora aqueles que dizem respeito às novas lesões emergentes. Segundo Pérez Luño (*apud* Cantor, Anya et al., 2022, p. 74), o Estado Constitucional é caracterizado pelo reconhecimento dos direitos transindividuais e pela tentativa de estabelecer uma delimitação eficaz desses direitos:

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

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

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

(...) às três gerações de Estados de direitos correspondem, portanto, três gerações de direitos. O Estado liberal, que representa a primeira geração ou fase do Estado de Direito, é a estrutura na qual os direitos da primeira geração, ou seja, as liberdades individuais, são afirmados. O estado social, que incorpora a segunda geração do estado de direito, será a esfera jurídico-política na qual os direitos econômicos, sociais e culturais são postulados. O Estado constitucional, como o Estado de Direito de terceira geração, delimitará o ambiente espacial e temporal para o reconhecimento gradual dos direitos de terceira geração (Luño apud Cantor, Anya et al., 2022, p. 74)³⁴.

O surgimento de novos direitos fundamentais, derivados dos princípios de fraternidade e solidariedade, constitui um reflexo da configuração de uma sociedade interconectada. Nesse cenário, intensifica-se a necessidade de reconhecer e assegurar a proteção dos direitos transindividuais, visando coibir violações que possam afetar grupos específicos de pessoas ou a coletividade como um todo.

3.1.1 Sociedade pós industrial e conflitos de massa

A imperatividade de conferir respaldo jurídico aos direitos fundamentados nos princípios de solidariedade e fraternidade é premente, sobretudo devido aos problemas que repercutem massivamente em sociedade, gerando lesões a toda uma coletiva, indicando a crescente relevância da tutela coletiva na contemporaneidade.

A sociedade contemporânea está cada vez mais interconectada em grupos, compartilhando desafios comuns. Além disso, em um mundo globalizado, situações específicas podem transcender fronteiras geográficas, impactando um número indeterminado de pessoas. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (1991, p.1), ao abordar a relevância da tutela coletiva na atualidade, a vida contemporânea apresenta uma propensão a conflitos em massa:

Realmente, as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobrepõe, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto

³⁴ (...) a las tres generaciones de Estados de derechos corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídicopolítico en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación (Luño apud Cantor, Anya et al., 2022, p. 74).

desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa? (Moreira, 1991, p. 1).

A revolução tecnológica desempenha um papel crucial nos fenômenos de massa, uma vez que eliminou as fronteiras nacionais como impedimento à conexão entre pessoas, seja para estabelecer comunicação, transporte ou comércio. A sociedade está imersa em um progresso científico e tecnológico acelerado, onde o desconhecido é revelado por meio de novos inventos e suas potenciais consequências, suscitando inseguranças e incertezas (Lopez, 2010, p. 1223).

Temas atuais como a inteligência artificial, por exemplo, refletem a preocupação em relação ao desconhecimento sobre as consequências da aplicação de novas tecnologias. Novas ferramentas são desenvolvidas para facilitar a vida humana, contudo, as consequências de sua interferência na privacidade, nos direitos autorais e de personalidade são desconhecidas e imprevisíveis (Lopez, 2010, p. 1225).

As repercussões apresentadas atingem a todas as classes, a distribuição dos riscos não visualiza diferenças sociais, anteriormente era comum que os riscos e os danos ficassem restritos aos mais pobres na sociedade industrial. Os riscos trazidos pelo consumo de alimentos transgênicos ou herbicidas são socializados indistintamente por trabalhadores e empresários, ou as problemáticas da invasão de privacidade que tem seus dados violados atingem um número de usuários indeterminados (Lopez, 2010, 1225).

À medida que as novas tecnologias e suas implicações vão surgindo seus efeitos tornam-se imprevisíveis, o Estado busca trazer limites e meios para que não ocorram danos à sociedade, mesmo assim nunca existirá o risco zero. A problemática dos novos riscos é séria ao Estado, pois deles podem surgir danos graves e irreversíveis, requerendo atuação preventiva e repressiva (Lopez, 2010, 1225).

Além disso, o risco atualmente apresenta a ambivalência, na medida em que se tenta corrigir um problema, produz-se outro. Na visão de Ricardo Lodi Ribeiro (2007, p. 273), a correção de problemas específicos cria outros riscos para o grupo de pessoas não abrangidas pela especificidade tratada, com o mesmo problema gerando problemas em cascatas para grupos diferentes:

Nessa lógica ambivalente, cada medida adotada para a solução de problemas de determinado grupo de pessoas traz em si mesma a criação de problemas para outros grupos de pessoas. Em consequência, a liberdade crescente de uns pode representar, ou até mesmo ser a causa, da uma maior opressão para outros (Ribeiro, 2007, p. 273).

Os efeitos secundários, a afetação de grupos de pessoas e a especialidade dos problemas surgidos trazem reflexos na segurança jurídica. Ricardo Lobos Torres (2005, p.12) fala sobre a mudança na concepção de segurança jurídica, de acordo com as mudanças perpetradas na estrutura do Estado, de forma que não se reduz mais a proteção aos direitos individuais (Estado Liberal), nem a implementação da segurança social (Estado de bem-estar social).

As transformações na sociedade contemporânea repercutem no judiciário, de forma a forçar que este consiga sustentar a resolução de novas formas de conflito. As problemáticas erigidas na nova sociedade demonstram que os efeitos podem repercutir para além das fronteiras locais, ou número determinado de indivíduos. É uma necessidade ao direito à criação de instrumentos para tutela ou prevenção desses riscos inerentes à sociedade pós-moderna³⁵.

3.1.2 A legitimidade no processo coletivo

A noção de transindividualidade de um direito é complexa, principalmente em âmbito processual, vez que o processo civil se destinou originalmente a tutelar pretensões individuais. Os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica necessitam da criação de outros instrumentos de tutela coletiva. Nessa seara, diversas ações individuais podem gerar decisões contraditórias, além de uns resultados menos eficientes, ao considerar somente circunstâncias particulares (Mazzilli, 2006, p. 48).

Os problemas em relação à inserção no judiciário dessas causas e a tutela de possíveis danos iniciam em relação a legitimidade para propor essas ações. Alguns bens jurídicos não podem ser considerados de interesse público, contudo a quantidade de pessoas afetadas faz com que a causa transcenda a esfera individual. Trata-se de intermediário entre o particular e o público (Mazzilli, 2006, p. 48).

Além dos mais, podem ser identificados alguns obstáculos para a tutela coletiva no processo civil, como a diferença de recursos financeiros entre as partes do processo. Costumeiramente as lesões que afetam grupos de pessoas são cometidas pelo Estado ou por

³⁵ Conforme explica Ricardo Lobo Torres (2007, p. 267), o termo pós-modernidade, em seu sentido contemporâneo, começa a ser delineado nos Estados Unidos, no ano de 1951, para designar o período após a era imperial dos Descobrimentos e da Revolução Industrial.

grandes empresas, deixando vulnerável ou em situação assimétrica o homem comum que está do outro lado do litígio (Gavronski, 2005, p. 22).

No mais, os réus costumeiros dessas ações são litigantes habituais, com estrutura para a manutenção do processo sem o devido fim por um longo período. Por fim, pode se falar de alguns problemas que na celeuma individual apresentam -se como ínfimo, não levando ao lesado procurar o Poder Judiciário, mas se investigado percebe-se que causou grande dano à coletividade (Gavronski, 2005, p. 22).

A proteção dos direitos difusos e coletivos requer instrumentos jurídicos próprios. Em relação a legitimidade, é descartada a possibilidade de legitimação em conjunto dos co-titulares, o que se configura demasiadamente dispendioso em dinheiro e tempo. A legitimidade é ponto sensível de acesso à justiça, quando se discute interesses difusos e coletivos. Em relação aos legitimados, José Carlos Barbosa Moreira (1985, p. 4) fala sobre três possibilidades.

A primeira seria a legitimidade concorrente e disjuntiva entre indivíduos afetados. O Brasil possui o exemplo da Ação Popular (Lei nº 4.717), de 1965, que dá legitimidade para qualquer cidadão em regular exercício de seus direitos políticos (Coimbra, 2011, p. 69). O problema econômico-estrutural da população brasileira nos anos 60 foi um empecilho, que persiste até os dias de hoje³⁶, para efetiva utilização da ação. A tutela da ação recai nos objetos que possam ser contemplados no conceito de patrimônio público, definidos como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (Gavronski, 2005, p. 25).

Um dos problemas da legitimidade concorrente entre os possíveis afetados reside nos efeitos da sentença. Na ação popular, os efeitos da sentença poderiam ser ampliados, a extensão dos limites da coisa julgada, desde que o processo não fosse julgado improcedente por insuficiência de provas. As ações coletivas necessitam de adaptações para a satisfação da tutela requerida, alguns requisitos do processo individual não se encaixam perfeitamente na tutela coletiva (Gavronski, 2005, p. 23).

Outra opção viável seria através do ingresso de pessoas jurídicas, ou até entes despersonalizados, que fossem titulares dos direitos violados, seria a conversão dos sujeitos da relação jurídico-material em sujeitos do processo (Moreira, 1985, p. 7). A utilização de

³⁶ Segundo dados do CACOL, sistema informatizado do CNJ para o controle de ações coletivas, existem por volta 12.022 ações populares em trâmite, por sua vez o número de ações civis públicas é de 308.361. Inclusive, no universo das ações coletivas, a ação popular representa 7,2%, enquanto as ações civis públicas representam 73,7% das ações coletivas em trâmite em janeiro de 2024.

sindicatos e associações para a proteção de direitos difusos têm-se avolumado, principalmente nas lides que versam sobre direito do trabalho.

A última alternativa está na legitimidade de órgãos estatais, como legítimos defensores do interesse público. Em 1985, antes da atual Constituição Federal e depois da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Barbosa Moreira esboçava sérias preocupações com a legitimidade do Ministério Público em relação à defesa dos interesses difusos e coletivos. Isso porque, o órgão estava atrelado ao Poder Executivo, gerando desconfiças quanto sua assiduidade em defender os direitos fundamentais frente aos interesses do Estado (Moreira, 1985, p. 7).

Nas palavras do Processualista, no Brasil de 1980, em processo de redemocratização, não havia condições efetivas de se assegurar a independência funcional dos membros do Ministério Público, que se esbarravam com as pretensões de sua administração. A titularidade da persecução da justiça, em relação à defesa de direitos que são frequentemente violados pelo Estado, necessita da plena autonomia da instituição (Moreira, 1985, p. 7).

3.2 O Ministério Público na Constituição de 1988

A constituição de 1988 é peça fundamental para redesenhar institucionalmente o papel do ministério público, principalmente com a sua consolidação como órgão autônomo. A importância constitucional foi fruto de um processo de crescimento das funções públicas do órgão em um espaço de 20 anos, que passou de acessório do Poder Legislativo para Órgão essencial para administração da justiça (Arantes, 2000, p. 9).

A caminhada de ampliação e fortalecimento da instituição remonta o período da intervenção cívico militar, uma vez que o governo tentou legitimar suas ações através das leis. Nesse contexto, o Ministério Público, em especial o Procurador Geral da República, recebeu novas atribuições para fiscalizar eventuais desrespeitos institucionais aos novos comandos autoritários. A Emenda Constitucional nº 16/1965 cria o controle de constitucionalidade abstrato, como uma forma de substituir a representação de intervenção dos estados, tendo como seu legitimado para propositura o Chefe do Ministério Público Federal (Arantes, 2000, p. 25).

Durante o regime militar houve o aumento da competência do Ministério Público como um fiscal dos interesses da União sobre as ações dos estados federados. Nesse contexto, o *parquet* tomou também a figura obscura de fiscal do abuso de interesses individuais, que servia para punir os excessos na utilização de direitos como liberdade associação, reunião e manifestação do pensamento. Em verdade, a instituição se fortaleceu durante o período de fragilidade democrática, sendo utilizada como ferramenta de vigilância da conduta dos agentes representativos do Estado³⁷ (Arantes, 2000, p. 23).

O Ministério Público iniciou seu protagonismo durante a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. Anteriormente, na esfera civil, só era de sua competência as questões envolvendo incapazes e direito indisponíveis, esses elementos geralmente estavam restritos a processos de família, herança e sucessões. Ocorre que o antigo Código de Processo civil adicionou ao rol de competências do *parquet* as ações que “há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”(Arantes, 2000, p.15).

A intenção original do legislador em adicionar essa nova competência ao Ministério Público era o auxílio e fiscalização de processos que envolvessem a fazenda pública. Dessa forma, “qualidade da parte” referia-se a processos em que constasse como parte às autarquias e pessoas de direito público. Contudo, o Ministério Público defendeu a tese que a vontade da lei se sobressaia a do legislador, além de que era órgão que deveria ser o responsável em reconhecer a existência de “interesse público”³⁸ nas ações (Arantes, 2000, p. 17).

A mudança anotada acima, trazida pelo Código de Processo Civil de 1973, foi o primeiro passo para a transformação do Ministério Público em defensor do interesse público, relegando ao passado o status de assessoria às ações governamentais. O cuidado com o interesse público, no sentido dos interesses gerais da sociedade, foi um dos primeiros impulsionadores do movimento pró independência da instituição, isso porque as pretensões da sociedade podem ser contrárias às ações governamentais, não podendo o seu guardião estar vinculado com a parte adversa (Arantes, 2000, p. 20).

³⁷ Diversos diplomas normativos podem ser citados para demonstrar o aparelhamento do Ministério Público durante o Regime Militar, entre eles estão: MP como fiscal das ações do Estado como um todo (EC nº 4/66); possibilidade de pedir a suspensão do mandato parlamentar até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de crimes contra segurança nacional (EC nº 1/1969) e a chamada advocatória que possibilitou ao *parquet* chamar para si julgamento de qualquer tribunal para competência do Supremo Tribunal Federal, em virtude de possibilidade de grave lesão (Ec nº 7/77) (Arantes, 2000, p. 23-24).

³⁸ A doutrina fez a distinção entre interesse público e interesse do Estado, ampliando a atuação do ministério público para além do intencionado pelo legislador, visando o termo aberto como “interesses gerais da sociedade” (Arantes, 2000, p. 19).

Outra conquista importante do Ministério Público foi a criação da Lei Orgânica nº 40/1981, que disciplinava a organização da instituição. Nesse aspecto, essa legislação serviu como base para as disposições constitucionais de 1988, sendo inclusive a primeira a falar sobre os agora princípios constitucionais da atuação do *parquet*, que seriam liberdade, indivisibilidade e autonomia funcional. Além disso, a lei orgânica garantiu um perfil mais uniforme a toda instituição (Arantes, 2000, p. 27).

Com o surgimento de novas categorias de direito, como coletivos e difusos, também foi necessário a atuação de um tutor na proteção dessas pretensões. Os interesses que estão para além da esfera do individual não deveriam ficar sujeitos ao princípio da disponibilidade, necessitando de uma tutela pública. (Arantes, 2000, p.19). Dessa forma, as leis nº6928/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que trouxeram maior protagonismo do Ministério Público na defesa da coletividade, dando a legitimidade para opor ações em prol de direito metaindividuais (Carvalho; Leitão; 2010, p. 401).

A Constituição de 1988 consolidou o processo de fortalecimento do Ministério Público prescrevendo a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, alocando a instituição em sua ordem estrutural nas “Funções Essenciais à Justiça”. A redemocratização do Brasil foi o impulso para o fortalecimento das instituições jurídicas no país, na busca de uma estabilização da vida pública e da economia. Em especial, o Poder Judiciário, por seus membros não ascenderem por força das maiorias eventuais, ganhou espaço importante na vida política brasileira e maior espaço de decisão, com vistas a controlar arbitrariedades com critérios técnicos e objetivos (Lima; Lamelha, 2021, p. 87).

Assim, o papel de fiscal das leis, adquirido no regime militar, e a função de guardião do interesse público, alcançada através do Código de Processo Civil de 1973, foram positivadas na Carta Maior, adquirindo envergadura constitucional (Carvalho; Leitão, 2010, p. 401). As garantias, prerrogativas e impedimentos avocados à instituição garantem o seu funcionamento de forma independente³⁹. As autonomias conferidas ao Ministério Público são as mesmas albergadas aos Três Poderes, além de conter impedimentos que só se observam também para o regime jurídico da magistratura (Mazzilli, 2002, p. 107).

³⁹ O exemplo a ser citado é a vedação a consultoria e patrocínio de causa em favor de outras pessoas jurídicas de Direito Público, a intenção é a manutenção da independência frente aos interesses do Estado. (Almeida, 2008, p. 16)

A autonomia funcional é qualidade necessária à atribuição de fiscal das leis e do Estado, a partir de 1988 houve a dissociação das ações do Ministério Público com os interesses governamentais. O atributo da autonomia também foi estendido para administração da instituição, sendo o próprio MP o gestor de suas finanças e o organizador de sua proposta de orçamento (Carvalho; Leitão; 2010, p. 402).

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal inaugura o papel representativo do Ministério Público em sociedade, qualificando-o como instituição permanente, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Primordialmente, a preceituação do Ministério Público como instituição permanente veda a sua abolição por intermédio de emendas à constituição (Almeida, 2008, p. 20).

Para autores como Emerson Garcia (*apud* Almeida, 2008, p. 20), o Ministério Público se consigna no rol das cláusulas pétreas, como uma verdadeira garantia aos direitos fundamentais, vez que a instituição é essencial para a defesa dos direitos coletivos e o regime democrático. O Ministério Público deve sempre atuar na presença de direitos indisponíveis ou em prol do interesse da coletividade, na defesa de interesses disponíveis ou não.

Além disso, as qualificações do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, devem servir como filtro constitucional para qualquer alteração da legislação ordinária tendente a definir ou redistribuir as competências do Ministério Público. Isso porque, a intenção do legislador deve ser sempre em prol da concretização do preceito constitucional, normatizando e especificando com a intenção de conferir eficácia social ao comando abstrato (Almeida, 2008, p. 19).

As atribuições comentadas, conferidas aos Ministério Público, atuam como verdadeiras normas programáticas, possuindo eficácia negativa⁴⁰ em relação a atos, comandos e normas que tenham por fim sua contrariedade. Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 60) comenta sobre a impossibilidade da lei contrariar a vocação constitucional da instituição na defesa de direitos indisponíveis ou pertencentes a uma coletividade.

A lei não pode contrariar a vocação constitucional do Ministério Público: não mais Lhe pode negar a promoção da ação penal pública ou recusar a iniciativa ou intervenção em feito onde se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis, bem como interesses difusos ou coletivos (Mazzilli, 2002, p.60).

⁴⁰ Defende o autor que as leis anteriores que não seguiam a nova matriz principiológica do Ministério Público não foram recepcionadas (Almeida, 2008, 32).

Nessa orientação, a atribuição constitucional do *parquet* em prol do regime democrático tem direta ligação a realização dos direitos sociais, vez que a democracia não se realiza apenas com liberdade, mas com justiça social e igualdade material. Essa concepção também tem estreita relação com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3, CF/88), como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Almeida, 2008, p. 33).

A fundamental importância do Ministério Público para os direitos sociais promove uma releitura de sua atuação na área civil, sendo necessária sua intervenção em todas as hipóteses da presença do interesse social (Almeida, 2008, p. 42-43). Inclusive, o seu papel como defensor de direitos metaindividuais está sendo paulatinamente inserido na legislação infraconstitucional, como uma forma de constitucionalização da legislação ordinária (Almeida, 2008, p.11).

Após o advento da Constituição de 1988, a maioria dos diplomas normativos infraconstitucionais que cuidam da tutela de grupos ou direitos sociais apresentam sempre dispositivo sobre a possibilidade de intervenção do Ministério Público. Como exemplo podem ser citadas as leis direcionadas aos seguintes grupos: das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei nº 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), do consumidor (Lei nº 8.078/90), do patrimônio público (Lei nº 8.429/92 e Lei nº 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/94), do Idoso (Lei nº 10.741/03) etc (Almeida, 2008, p.11).

As funções do Ministério Público em prol dos direitos metaindividuais não estão restritas a atuação como interventor, sendo possível a promoção de audiências públicas e outras medidas de cunho preventivo ou investigativo. O artigo 129, da Constituição Federal apresenta um catálogo de funções típicas do *parquet*, contudo esse rol não é exaustivo apresentando uma cláusula aberta (Art. 129, XI) para promoção de outras funções que estejam de acordo com sua finalidade institucional. A noção interpretativa para a cláusula deve ser lida e interpretada em conjunto com o artigo 127, *caput*, da CF/88 (Almeida, 2008, p.16).

O novo desenho institucional do Ministério Público conferido pela Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe a função de defensor da sociedade. Atualmente, a instituição transpassou a esfera de defensor da lei (*custos legis*), cumprindo atualmente o papel de defensor da sociedade (*custos societatis*) e do regime democrático (*custos iuris*). Essas novas atribuições constitucionais na defesa dos direitos coletivos e do bem comum devem ser espelhadas na legislação ordinária, em prol da concretização dos preceitos constitucionais (Almeida, 2008, p. 14).

3.3 A ação Civil Pública

A Ação Civil Pública tem sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Complementar nº 40/1981, a lei orgânica do Ministério Público, que preceitua sua promoção como função institucional da entidade. No mesmo ano, houve a publicação da Política Nacional do Meio Ambiente, primeira lei brasileira a tutelar especificamente um direito difuso, o meio ambiente. Além de trazer especial protagonismo ao *parquet*, com exclusividade da titularidade da proposição da ação de responsabilidade por danos ambientais (Arantes, 2000, p. 32).

O interesse de ampliar a tutela dos direitos difusos e coletivos, para além das proteções do meio ambiente, na doutrina brasileira, recebeu especial atenção dos processualistas e agentes ligados ao Ministério Público, com a perspectiva de instrumentalizar a tutela desses direitos. A discussão, fomentada pelos escritos dos italianos Mauro Cappelletti, Vittorio Denti e Andrea Proto Pisani, situava-se em trazer o acesso à justiça aos interesses intermediários, que não estavam na esfera do público, mas atingia além do particular (Arantes, 2000, p. 34).

Em 1983, no Congresso Nacional de Direito Processual foi apresentado o projeto pioneiro para a confecção de uma lei que oferecesse tutela coletiva a direitos. Na elaboração do documento atuaram: José Carlos Barbosa Moreira, como relator, e grandes processualistas na elaboração, como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior (Mazzilli, 2006, p. 109).

Por sua vez, integrantes do Ministério Público também esboçaram preocupações com o futuro da tutela coletiva no Brasil. Os promotores de justiça Augusto de Mello Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior, utilizaram a tese apresentada no congresso como base, implementando modificações e novas sugestões. Dessa forma, o Ministério Público Paulista apresentou ao Governo Federal o anteprojeto⁴¹ do que seria a Lei da Ação Civil Pública (Mazzilli, 2006, p. 110).

⁴¹ Algumas diferenças entre o anteprojeto e o projeto de lei apresentado no Congresso De direito Processual: O anteprojeto que utilizou a denominação “Ação Civil Pública”, criou a figura do inquérito civil e aumentou o objeto da ação, abrangendo outros direitos difuso, como o do consumidor. (Mazzilli, 2006, p. 110) O termo ação civil pública faz clara referência a atuação do Ministério Público na área civil, há doutrinadores que defendem que o termo correto para ações propostas pelos outros legitimados seria somente “ação civil coletiva” (Arantes, 2000, p. 43)

Em 1985⁴², o instrumento foi disciplinado pela Lei nº 7.347, especificando seu objeto, os legitimados e o foro competente (Arantes, 1999, p. 85). Originalmente a Ação Civil Pública servia para responsabilizar por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O rol apresentado no art. 1º da lei constitui-se em *numerus clausus*, limitando a tutela a possíveis lesões a outros direitos coletivos.

A Constituição de 1988 foi a responsável pela ampliação dos objetos da ACP, incluindo a tutela de qualquer interesse coletivo ou difuso (Arantes, 1999, p. 85). A propósito, a Carta Maior foi responsável por significativas mudanças na estrutura da tutela coletiva, como: a possibilidade de substituição processual de entidades associativas, mediante autorização; instituição do mandado de segurança coletivo; aumento do objeto da ação popular; proporcionar que os sindicatos realizem defesa judicial em prol de direitos coletivos da categoria (Mazzilli, 2006, p. 113).

Em relação a Ação Civil Pública, a Lei Maior garantiu a ampliação dos objetos da ação, através do seu inciso III, art. 129, que utiliza a expressão “de outros interesses difusos e coletivos”, ampliando assim as possibilidades para qualquer relação jurídica pertinente à uma coletividade ou à sociedade como um todo. Nessa perspectiva, comenta Hamilton Alonso Jr (2005, p. 209) que a ação civil pública apresentará maior eficácia em direitos, inscritos de forma concreta, como no caso dos direitos fundamentais, que possuem aplicabilidade imediata.

Nos casos de interesses sociais, inscritos na formas de princípios ou finalidades governamentais, há maior dificuldade em pleitear em juízo. Os direitos sociais que apresentem um programa governamental são exigíveis à administração pública, mas em que grau se põe essa exigibilidade será aferido pelo juiz no caso concreto (Hamilton Jr., 2005, p. 209).

A lei da Ação Civil Pública ainda propõe mecanismos de defesa para a proteção de direitos transindividuais, como a inversão do ônus da prova, irrelevância da licitude da atividade e a possibilidade oferecer efeito suspensivo aos recursos, sob o risco de dano irreparável (Arantes, 1999, p. 86). Além disso, apesar da possibilidade de condenação em

⁴² Rodrigo Arantes (1999, p. 85) apontou alguns desastres ambientais como o derramamento de óleo em Bertioga, como fatos que aceleraram o processo de aprovação da Lei da ACP, ante a necessidade de um instrumento processual eficaz para a tutela do meio ambiente.

pecúnia⁴³, a doutrina aponta a preferência em sentença de obrigação de fazer/não fazer, ante a necessidade de efetiva restauração do dano causado.

A base legislativa da tutela coletiva também foi aperfeiçoada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, inclusive em relação à Lei nº 7.347/1985. O artigo 117, do diploma consumerista, acrescenta a ação civil pública a aplicação subsidiária de suas normas, sobre aquilo que não contradiz o texto específico da ACP (Alonso Jr, 2005, p. 208).

O diploma consumerista constitui-se em um verdadeiro microsistema processual, com Título III “ Da Defesa do Consumidor em Juízo”, a lei introduz diversas ferramentas para a ampliação da tutela dos direitos difusos e coletivos. Por exemplo, antes do CDC, a Lei da Ação Civil Pública limitava-se à condenação, seja na obrigação de fazer/não fazer, ou em pecúnia. O artigo 83, do CDC, ao admitir todo o tipo de ação em defesa dos direitos do consumidor, abriu as portas para todo tipo de instrumentalização na proteção desses direitos, seja de forma preventiva, cominatória, reparatória ou cautelar (Alonso Jr, 2005, p. 208).

A mudança nas ações civis públicas foi um importante passo para a concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição e a maximização da eficácia dos direitos fundamentais. Alguns direitos difusos necessitam de ações de cunho preventivo, vez que o dano pode ser irreparável. Dessa forma, buscando efetividade desses direitos, as medidas cautelares propiciaram melhor proteção processual.

A legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública pertence ao Ministério Público, as Pessoa Jurídicas de Direito Público e associações civis, criadas há mais de um ano e que contenham em seu objeto a defesa do direito transindividual que se pretenda tutelar. Inclusive, a própria lei traz mecanismos para atenuar os riscos da participação das organizações da sociedade civil, como o pagamentos de honorários e custas somente em casos de litigância de má fé (Arantes, 2000, p. 41).

Foi de grande importância o extenso rol de legitimados, garantindo a propositura da ação para grupos fora da atuação governamental. Atualmente a União, Estados e Municípios são costumeiramente réus nessas ações, e a atuação das entidades da sociedade civil apresenta-se deficitária. O *parquet* é quem exerce majoritariamente a função, inclusive caso não seja ele o propositor, atuará obrigatoriamente na causa como fiscal da lei (Arantes, 1999, p. 86).

⁴³ Como a titularidade da ação de responsabilidade por dano é da coletividade, e o Ministério Público apenas seu representante, a condenação em pecúnia não é revertida às possíveis vítimas, mas vertida a um fundo público onde será utilizada para a restauração do dano realizado. (Arantes, 1999, p. 89)

O Conselho Nacional de Justiça mantém um banco de dados sobre as ações coletivas ajuizadas, denominado CACOL (Cadastro Nacional de Ações Coletivas). Na interpretação das informações fornecidas pelo portal, Luciana Yeung, professora do Núcleo de Análise Econômica do Direito do Insper, e outros (2022, p.1) comentam sobre a porcentagem de autores identificáveis das ações civis públicas no Brasil. Na atualização de 2022, os Ministérios Públicos estaduais e o Federal constavam como propositores de 58,34% das ações.

Por fim, com inspiração na ação popular, foi da do efeito *erga omnes* nos efeitos da sentença da Ação Civil Pública, desde que a ação não tivesse sido julgada com base na insuficiência de provas. Os efeitos da sentença são outra questão sensível da representação dos direitos difusos, vez que ao desenhar os contornos institucionais da tutela coletiva no Brasil, houve a necessidade de prestigiar uma efetiva proteção à sociedade e à economia processual (Zavascki, 2007, p.4).

A instrumentalização da proteção aos direitos coletivos e difusos foi uma experiência bem-sucedida no Brasil, através da utilização da Lei da Ação Civil Pública, com o auxílio do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988. A constituição de um sistema de tutela da coletividade é um passo primordial para a garantia do direito material e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Nas palavras do processualista Teori (2007, p. 4) Zavascki, a ação civil pública é a base da tutela dos direitos transindividuais no país:

A ação civil pública, regulada fundamentalmente pela Lei 7.347/85, é o protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos transindividuais. Trata-se de procedimento especial de cognição completa e integral e com múltipla aptidão, aparelhado de mecanismos para instrumentar demandas visando a obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais variada natureza: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios (Zavascki, 2007, p. 4).

A eficácia da implementação da Ação Civil Pública no contexto brasileiro foi exitosa, conforme evidenciado pelos dados fornecidos pelo CACOL. Em comparação com outras modalidades de ações de tutela coletiva presentes no país, tais como: ação civil coletiva, ação popular, mandado de segurança coletivo, ação de cumprimento, entre outros instrumentos processuais, destaca-se a ação civil pública como o dispositivo processual mais amplamente empregado para a salvaguarda dos interesses coletivos, sendo responsável por 72% das ações coletivas no Brasil.

A Ação Civil Pública foi o primeiro instrumento inscrito para tutelar especificamente os interesses difusos e coletivos, com mecanismos próprios para adaptação do processo para a

tutela coletiva. A fim de trazer maior legitimidade democrática, a ACP permite sua propositura por diversos legitimados, contudo, o protagonismo na utilização do instrumento fica a cargo do Ministério Público.

4. A JURISPRUDÊNCIA NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A visualização pelo legislador constituinte da massificação dos danos na sociedade pós-industrial oportunizou o redesenho institucional do Ministério Público como instituição responsável pela defesa dos interesses sociais. A norma garantiu a seu sujeito ativo uma vantagem passível de imperatividade e tutela em juízo, sendo indispensável a figura do *parquet* para a proteção de todas as categorias de direitos metaindividuais.

Nesse sentido, o *leading case* apresentado no Recurso Especial nº 631111, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, consolidou a tese acerca da aplicabilidade do preceito veiculado no artigo 127, da Constituição Federal, que atribui ao *parquet* a função de “defensor dos interesses sociais”. Nesse sentido, a legitimidade também é fruto de um processo dialético entre a expressão de cunho aberto e a consolidação histórica do Ministério Público em favor da sociedade.

A adaptação do processo para tutela coletiva é importante mecanismo para a efetividade do acesso à justiça. A adequação da vestimenta processual para a tutela coletiva possibilita a maximização da efetividade dos direitos. No Brasil, a tutela coletiva teve seu principal instrumento como a Ação Civil Pública, contudo, a ação sofreu restrição quanto a sua utilização para matérias de interesse direto do Estado, como tributos e fundos de filiação compulsória.

A citada proibição foi introduzida através da Medida provisória nº 2.180-35, de 2001, sendo de constitucionalidade duvidosa pela limitação imposta a uma garantia constitucional. Nesse contexto, diversas ações tramitam no judiciário com o escopo de tutelar bens limitados pelo dispositivo, em destaque o Tema 850/STF, que culminou na afirmação da tese da Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos relacionados ao FGTS.

4.1 A defesa dos interesses sociais

A consolidação de novos direitos emergentes é essencial para construção de um Estado Constitucional Democrático, o qual tem como primazia a prevalência dos direitos fundamentais. O amplo catálogo de direitos da Carta de 88 oportuniza a proteção a interesses que se originam da sociedade pós-industrial, caracterizada pela massificação das relações e dos danos. O reconhecimento do aumento das pretensões coletivas na sociedade brasileira foi acompanhado pelo legislador constituinte, que elevou ao status constitucional instrumentos processuais coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo (Mazzilli, 2006, p. 113).

Os direitos transindividuais têm suscitado discussões acerca da tutela coletiva de direitos, em contrapartida a um sistema processual civil tradicionalmente concebido para salvaguardar interesses individuais. O progresso no âmbito do processo coletivo tem propiciado questionamentos iniciais acerca da expansão das vias de tutela por meio de seus instrumentos, visando à proteção de direitos que, embora de natureza individual, são sistematicamente restringidos ou prejudicados em larga escala (Mazzilli, 2006, p. 48).

A Constituição de 1988, visando assegurar a máxima proteção dos direitos fundamentais, estabelece também garantias institucionais que se encontram sob a proteção constitucional, dado seu papel crucial na preservação da ordem social. O Ministério Público, conforme delineado na referida Carta Magna, foi dotado de diversas garantias e prerrogativas, a fim de desempenhar eficazmente seu novo papel como função essencial à justiça, especialmente no que concerne à defesa dos interesses da sociedade (Garcia, 2007, p. 47).

O panorama inscrito na segunda metade do século XX constituía em consolidar uma constituição que garantisse os interesses da coletividade, para além da tradição individualista liberal. O artigo 127, da Constituição Federal, considerado cláusula mãe do Ministério Público, reflete o novo papel desempenhado pela instituição. A norma, apesar do forte caráter axiológico, possui imperatividade e eficácia, consolidando o *parquet* como defensor da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Almeida, 2008, p. 20).

O novo desenho institucional do Ministério Público inaugura disposições que o sistema jurídico, outrora, não reconhecia, como o papel de defesa da ordem jurídica⁴⁴. A atribuição de defesa dos interesses sociais é assunto tortuoso na jurisprudência brasileira. As atribuições do Ministério Público não legitimam a banalização do órgão para a defesa de todo e qualquer direito. Na verdade, a noção de interesses sociais remonta a existência ou o reflexo de uma demanda em um bem relevante para a coletividade⁴⁵. Atualmente, a visão sobre o dispositivo incide significativamente em questões extrajudiciais com a realização de audiências públicas e outras atividades no âmbito da cidadania (Almeida, 2008, p.25).

Nas questões referentes à tutela jurisdicional, o problema está contido na legitimidade⁴⁶ dos corpos intermediários na defesa de interesses coletivos. É comum, também presente no código de ritos anterior, a afirmação da excepcionalidade da utilização da substituição processual, impondo como requisito a possibilidade expressa na lei. A regra é extremamente importante para os instrumentos de tutela individual, mas torna-se de difícil adequação em processos coletivos (Zavascki, 2017, p. 219).

A defesa dos interesses da sociedade foi alçada com instrumentos como a Lei da Ação Civil Pública, que autoriza expressamente o *parquet* para atuação em interesses difusos e coletivos, o que foi replicado de forma ampla pela Constituição de 88. Contudo, as demandas massificadas são espectro de relevância na sociedade atual e continuam se desdobrando em outras pretensões, como em lesões que uma multiplicidade de indivíduos identificáveis é afetada individualmente de forma simultaneamente.

Os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, seus titulares são determinados ou determináveis e a pretensão conjunta pode ser dividida entre seus

⁴⁴ A antiga posição de *custos legis* não é suficiente para garantir o efetivo respeito aos direitos fundamentais. O direito positivo vai além da análise de um dispositivo, devendo ser interpretado à luz de todo o sistema. Assim, ao *parquet* é atribuída a função de proteção da ordem jurídica, ao invés da simplicidade da lei, remonta os horrores do nazi-facismo, em que atrocidades foram legitimadas pela legalidade. (Almeida, 2008, p.14)

⁴⁵ A Constituição utiliza diversas vezes da expressão interesse social, com escopo de se referir ao interesse da sociedade, como nos casos presentes nos artigos “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.” Não se deve confundir interesses sociais com interesses da administração pública.

⁴⁶ Existem três teorias sobre a legitimidade de corpos intermediários no direito processual. As duas primeiras são referentes à dicotomia clássica entre legitimidade ordinária e Extraordinária. A primeira é defendida por Kazuo Watanabe, que sustentava uma leitura aberta do sistema jurídico, o qual entendia as entidades criadas para a defesa dos direitos supraindividuais como as titulares. A outra teoria é defendida por José Carlos Barbosa Moreira, a legitimidade extraordinária não seria dependente de lei, mas sim inferida através do sistema de normas. Por fim, a terceira corrente defendida por Nelson Nery é derivada da doutrina alemã em que se sustenta uma legitimação autônoma para conduzir o processo, sendo desnecessária a visualização dos efetivos titulares do direito (Almeida, 2003, p. 498).

titulares (Zavascki, 2007, p.4). A homogeneidade de um direito individual é aferida de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas que dão origem à demanda, assim é necessário um ponto de afinidade entre as pretensões plúrimas.

O ponto de afinidade entre esses direitos poderá proporcionar sua defesa de forma coletiva, sem, no entanto, se consubstanciar em uma obrigação. O direito pode ser tutelado individualmente, sem prejuízos. Na tutela coletiva, na visão de Zavascki (2017, p. 153) serão pontos de afinidade dos direitos individuais homogêneos, “a) a existência da obrigação (*an debeat* = ser devido), (b) a natureza da prestação devida (*quid debeat* = o que é devido) e c) o sujeito passivo (*quis debeat* = quem deve) comum”. Por sua vez, o ponto de heterogeneidade residirá no sujeito ativo da obrigação e a sua quantidade devida.

Os reflexos processuais, na tutela coletiva, dessas características será a existência de duas fases distintas no processo. A primeira será relativa às características homogêneas do direito, assim haverá a cognição pelo juiz das questões fáticas e jurídicas que ligam o grupo, sendo propriamente a fase da tutela coletiva. A segunda fase será de individualização dos pontos do núcleo de heterogeneidade, na execução da sentença com a descoberta do *quantum* de cada sujeito ativo substituído processualmente (Zavascki, 2017, p. 158).

A legislação infraconstitucional há algum tempo incorporou a possibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis ao *parquet*. O primeiro exemplo está na Lei nº 7.913, de 1989, sobre a ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, dando legitimidade ao *parquet* para atuar em tutela preventiva e reparatória. Ademais, a Lei nº 6.024, de 1974, que dispõe acerca da ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência, confere igual atribuição de substituto processual dos credores lesados pelo administrador (Zavascki, 2017, p. 220).

Os direitos citados são direitos individuais homogêneos disponíveis, categoria que não está expressamente prevista nas funções constitucionais do *parquet*, mas tem harmonia com a Lei Maior, vez que servem para a tutela de valores sociais, que transcende a pretensão individual. A intenção do legislador em oferecer a participação do Ministério Público em questões relacionadas a valores imobiliários e falência tem fundamento na manutenção da

ordem econômica, trazendo mais segurança no recebimento dos respectivos créditos⁴⁷ (Zavascki, 2017, p. 220).

O Código de Defesa do Consumidor foi quem introduziu no ordenamento jurídico as disposições gerais sobre a tutela de direitos individuais homogêneos, possibilitando sua proteção através da ação coletiva. Nesse quesito, a Lei nº 8.078/1990 tem especial fundamento constitucional, primeiramente em relação ao artigo 5º, inciso XXXII, que impõe um comando ao Estado de promover, mediante as orientações de uma lei específica a defesa do consumidor (Almeida, 2003, p. 361).

A defesa do consumidor recebe especial atenção do constituinte, constando também como princípio da ordem econômica do país. A tutela de direitos individuais homogêneos, no CDC⁴⁸, segue o mesmo padrão das legislações anteriores, visando a proteção de um bem jurídico essencial para o desenvolvimento da sociedade. A atuação do Ministério Público em juízo tem como característica a defesa da sociedade e dos valores que lhe são caros (Almeida, 2003, p. 361).

Em 1993 foi publicada a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), com claras demonstrações de inspiração na carta constitucional. Dessa forma, o artigo 1º da lei repete as mesmas atribuições dadas pelo constituinte ao *parquet*, como responsável pela defesa “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Garcia, 2008, p. 6).

Ademais, a Lei Orgânica do Ministério Público prescreveu os instrumentos que poderiam ser utilizados pelos ministérios públicos estaduais. Entre as funções do órgão ministerial, constante no artigo 25, está a promoção da ação civil pública⁴⁹, na forma da lei, para resguardo de direitos individuais indisponíveis e homogêneos. O artigo introduz a possibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos, condição não prescrita diretamente na Lei da Ação Civil Pública e na Constituição de 1988. Ocorre que, apesar da

⁴⁷ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

⁴⁸ As disposições do Código de Defesa do Consumidor, referentes à tutela coletiva em juízo, não são lidos de forma restritiva, o próprio diploma processual assevera a sua interação com a Lei da Ação Civil Pública. Os diplomas são considerados integrados para a formação de um micro sistema processual

⁴⁹ O termo ação civil pública tem duplo significado, a sua definição original remetia a atuação do Ministério Público na esfera civil, assim como, a ação penal pública é a tutela exercida pelo *parquet* no direito criminal. A Lei da Ação Civil Pública foi redigida por promotores de justiça para ser a ação por excelência do Ministério Público no civil, contudo sua legitimidade, nas discussões legislativas, foi ampliada. Atualmente, qualquer entidade que esteja sob a égide da Lei 7.347/85 está propondo uma ação civil pública.

tutela dessa espécie de direito ter existido em matérias específicas, o seu conceito foi introduzido no ordenamento jurídico em 1990, com a possibilidade de tutela coletiva pelo Código de Defesa do Consumidor (Garcia, 2008, p. 307).

A jurisprudência foi a responsável por delimitar a incidência da tutela exercida pelo Ministério Público na ação civil pública, em relação a direitos individuais homogêneos. Os primeiros entendimentos tinham por vista a possibilidade de tutela apenas em relação ao direito do consumidor. A visão apontada tinha como maior base as premissas do direito positivo, com pouca análise integrativa do direito (Garcia, 2008, p. 307).

Todo o direito deve ser interpretado à luz da constituição, de modo que o ordenamento jurídico possua coerência interna e que consiga responder adequadamente aos complexos requisitos de vida social e democrática, fundamentados na estrutura axiológica da Constituição cidadã (Marin, 2012, p. 103). O Código de Defesa do Consumidor, quando legislou acerca da tutela coletiva, não estava apenas protegendo o consumidor, mas disciplinando instrumentos que eram necessários no sistema jurídico brasileiro para efetivação de outros direitos constitucionais costumeiramente lesionados de forma coletiva.

O papel do aplicador do direito tem fundamental importância para a concretização da Força Normativa da Constituição, vez que a interpretação constitucional deve atuar para a efetividade do direito. Em especial, o papel discricionário do juiz na atribuição de sentido a princípios e cláusulas abertas, como um potencializador da aplicação dos direitos fundamentais, desde que circunscritos aos limites da linguagem do texto constitucional (Marin, 2012, p. 103).

A interpretação restritiva do CDC⁵⁰, levando em conta apenas as disposições gramaticais, não consegue efetivar as pretensões alçadas pelo legislador constituinte de defesa da sociedade. As inovações, em relação à tutela coletiva e as lesões a direitos de múltiplos titulares, inauguram a efetividade do direito processual, da tradição individualista para o cumprimento dos direitos metaindividuais.

⁵⁰: (a) “não é na Constituição, art. 129, III, que se pode buscar a legitimidade do Ministério Público para defender, mediante ação civil pública, direitos individuais homogêneos”; (b) não é, igualmente, na Lei 7.347/85 que se pode buscá-la, já que a dita lei trata apenas de direitos difusos e coletivos, e “a ação civil pública, além de estar jungida aos temas mencionados, não diz respeito a direitos individuais homogêneos”; (c) assim, “ o Ministério Público tem legitimidade para a ação civil pública, quando em jogo direitos individuais homogêneos, quando seus titulares estiverem na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É o Código do Consumidor, pois, que confere ao Ministério Público legitimidade para a ação civil pública quando o objeto desta ação é um direito individual homogêneo ” (Voto proferido no STF, Pleno, RE 163.231-3, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001, e reproduzido em vários outros, como no STF, Pleno, RE 195.056-1, DJ 14.11.2003).

A segunda interpretação utilizada na jurisprudência está alçada no Recurso Extraordinário 163231-3/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa. As razões do relator elencam os direitos individuais homogêneos como subespécie dos direitos coletivos⁵¹, por serem de interesse de uma coletividade ligadas por circunstâncias comuns (Brasil, 2001, p.753).

Nesse sentido, o *parquet* teria legitimidade para defender todo e qualquer direito individual, o que não se configura razoável diante de suas funções constitucionais. O Ministério Público não é a instituição responsável por toda e qualquer defesa, existindo a advocacia como função essencial à justiça e a defensoria pública para a proteção dos hipossuficientes, tampouco sua estrutura comportaria o exercício da função de proteção de todo o direito individual.

Por último, o entendimento do Ministro Teori Zavascki, professor de direito processual da UFRGS, na relatoria de recurso extraordinário nº 631111, sobre a possibilidade do Ministério Público demandar a seguradora que não pagou o valor integral do seguro DPVAT⁵² (Danos pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre). O processualista conclui pela legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela dos interesses referentes a direito individual homogêneo, com escopo na Força Normativa da Constituição, em razão da atribuição do artigo 127, da Constituição de 1988, de defesa dos interesses da coletividade (Brasil, 2014. p.1).

Preliminarmente, contrária às disposições do recurso de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o direito individual homogêneo não poderia ser compreendido como espécie de interesse coletivo, em razão da confusão do direito com seu instrumento de tutela. A classificação do direito sob análise, quanto sua titularidade, é de direito individual, pois a pretensão é detida por indivíduo identificado e pretensão divisível. Por sua vez, os direitos transindividuais, não podem ser cingidos, sua lesão a todo o grupo, ou parcialmente, no especial caso dos coletivos. Hugo Nigro Mazzilli, reproduz tabela sobre as diferenças dos interesses tuteláveis por via coletiva (Tabela 01):

⁵¹ Os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos, uma vez que a classificação é realizada de acordo com a titularidade (Mazzilli, 2006, p. 55).

⁵² Tema 471 - Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de interesses de beneficiários do DPVAT. Tese: Com fundamento no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público está legitimado a promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo de natureza disponível, quando a lesão a tais direitos, visualizada em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a comprometer relevantes interesses sociais. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Tabela 01 - Classificação de interesses metaindividuais, quanto ao grupo afetado, o objeto e a origem.

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos	determinável	Indivisível	relação jurídica
Ind. Homog.	determinável	divisível	origem comum

Fonte: Hugo Nigro Mazzilli (2006, p.55).

Assim, o fundamento constitucional da ação não residiria na defesa dos interesses coletivos, presente no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Na visão do relator, a expressão “interesse social” não carece de regulação infraconstitucional, assim, a disposição do artigo 127, como norma que propõe ao sujeito uma posição de defensor do interesse social seria autoaplicável e eficaz. Não há previsão no texto constitucional da necessidade de lei para complementação do sentido⁵³. A força normativa da Constituição tem como escopo a imperatividade dos preceitos constitucionais, sem, em regra, a necessidade da utilização do legislador ordinário.

A legitimidade do Ministério Público é formada não só com base nos preceitos trazidos pelo artigo 127, da Constituição Federal, mas uma conformação histórica em relação à consolidação da instituição como defensora dos interesses sociais. O Ministério Público, desde a Lei da Ação Civil Pública, vem se consolidando como o principal corpo intermediário atuante nas ações referentes aos interesses da coletividade.

Como defendido por Hesse (1991, p. 19), a Força Normativa da Constituição tem como fundamento um processo de legitimação contínuo ao longo da história, entre as relações entre a norma e a realidade. Além disso, os conceitos abertos são necessários para a perenidade da Constituição, trazendo a flexibilidade necessária para as adaptações às transformações reveladas no seio da sociedade.

Apesar das dificuldades em definir o conceito de “interesse social”, Zavascki (2017, p. 227) enuncia que não estaria dentro do preceito do art. 127, da Constituição Federal: os interesses da administração pública⁵⁴. Nesse sentido, é defendido no julgado que o *parquet*, sob o meio jurisdicional, deveria tutelar os bens que são caros à sociedade. Essa escolha

⁵³ Alguns textos constitucionais apresentam a expressão “na forma da lei” revelando a necessidade de regulamentação infraconstitucional para a incidência da norma. Nesses casos há a possibilidade de se utilizar da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

⁵⁴ Nesse sentido, relembra-se que é vedado ao Ministério Público representar as pessoas jurídicas de direito público, justamente com o escopo de preservar sua autonomia.

tomaria como base as disposições normativas da Carta Maior, verificando em sua hierarquia quais são os preceitos privilegiados para a manutenção da ordem social.

No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos (Brasil, 2014, p. 2).

A defesa dos interesses sociais é função do Ministério Público, cabendo ao órgão propor as medidas cabíveis para a tutela desses direitos. A norma inscrita, no artigo 127, da Constituição Federal adquire grande importância no corpo social, visto os problemas massificados erigidos na sociedade pós-moderna. O Ministério Público é garantia institucional para o cumprimento dos direitos fundamentais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

4.2 O parágrafo 1º, do artigo 1º da Lei nº 7.347/85

O acesso à justiça é o requisito mais básico para um sistema jurídico moderno, possibilitando aos cidadãos reivindicarem seus direitos e resolver seus conflitos por intermédio do Estado (Cappelletti, 2002, p. 3). O instrumento processual é o mecanismo que leva o direito material ao conhecimento do Poder Judiciário, esse deve ser adaptável e flexível para vestir as demandas que devem chegar ao conhecimento do Estado.

Mauro Cappelletti (2002, p. 17) elenca a representação dos direitos difusos como a segunda onda de acesso à justiça. Os novos direitos, sem titularidade individual, apresentaram-se como um desafio para o processo civil clássico, principalmente em relação às questões voltadas à legitimidade.

O direito material necessita da adequada vestimenta processual para acessar o Poder Judiciário. Contudo, os tecnicismos processuais não podem ser utilizados como uma ferramenta para inibir o acesso à Justiça. Desta feita, por vezes, cabe ao intérprete alargar a

vestimenta processual de modo a garantir a maximização da aplicabilidade dos direitos, principalmente os relativos a institutos novos, como a tutela coletiva (Figureiro, 1997, p. 36).

No Brasil, a ação civil pública é o instrumento processual mais utilizado para a tutela dos direitos difusos e coletivos, oferecendo a propositura para as pessoas jurídicas de direito público, as entidades da sociedade civil e o Ministério Público. Esse último tem especial protagonismo na propositura dessas ações, sendo uma de suas funções constitucionais.

A utilização do *parquet* para a defesa dos direitos difusos foi visualizada com receio por Cappelletti⁵⁵ (2002, p. 19) por medo de uma atuação tímida em defesa da sociedade em razão das pressões governamentais. O Ministério Público brasileiro, por força da Constituição de 1988, é órgão autônomo e independente, sendo-lhe concedida prerrogativas e garantias semelhantes aos Três Poderes, sendo visto por alguns doutrinadores como um quarto poder na República brasileira. A vigente constituição tem papel importante na redemocratização do país e na construção de um Estado de Direito, fortalecendo instituições e garantias para que seja possível a aplicação da norma constitucional.

As garantias, prerrogativas e impedimento dados para o Ministério Público por força da Constituição de 1988 são forma de garantir sua atuação independente na defesa dos interesses da sociedade. Contudo, o *parquet* não está livre da tentativa de ingerência do Estado, não mais pela via institucional, como órgão do Poder Executivo, mas através de pressões de cunho político.

Nessa esteira, Hugo Nigro Mazzilli (2006, p. 114-115) elenca as restrições ao sistema de defesa coletiva no Brasil, colocadas com o fim de diminuir o âmbito de incidência de instrumentos coletivos como a ação de improbidade e as ações civis públicas. Todos os instrumentos comentados pelo autor são medidas provisórias⁵⁶. Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 592) relembra o comentário de Édis Milaré sobre a atuação do Governo Federal no processo civil coletivo:

⁵⁵ O Ministério Público italiano é diferente do brasileiro, constituindo-se um ramo da magistratura, o qual pode-se alternar entre a função de juiz e *parquet*. As críticas de Cappelletti tem melhor aplicação a estrutura de justiça italiana do que a brasileira, que possui a função de promotor de justiça como carreira autônoma e uma instituição dotada de autonomia e independência funcional (Mazzilli, 2006, p. 292).

⁵⁶ O Comentário de Mazzilli (2006, p.115) foi referente às medidas provisórias instituídas durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, que foram impostas com claros interesses do Estado em detrimento da coletividade. O promotor de justiça cita as MPs nº 1570/97; 1.798-2/99, 2.102-26/00; 2180-35/01; 1984-25/00; 2102-26/00 e 2180-35/01. Além dos instrumentos citados acima, é comentado sobre a Med. Prov nº 2088-35/2001, que pretendia responsabilizar civil e penalmente os membros do Ministério Público por instauração temerária de inquérito policial, procedimento administrativo, alcançando também a propositura das ações civis públicas e de improbidade administrativa.

Bem lembra Ada Pellegrini que a ação civil pública é “refém do autoritarismo”, inconformado com a dimensão social, política e jurídica da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais. Com frequência, o próprio Poder Público permite-se caminhar na contramão da história. Não tem sido poucas as investidas autoritárias do Governo, ou de poderosos de plantão, no sentido de inibir os procedimentos, ou ao menos os efeitos, da tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Milares *apud* Almeida, 2003, p. 592).

Entre os instrumentos editados pelo Poder Legislativo alterou diretamente a Lei nº 7.347 de 1985, a medida provisória nº 2.180-35 de 2001 retira a possibilidade de tutela coletiva por ação civil pública matéria relativas a tributos e previdência, temas de alto relevo social, em que o Poder Executivo possui grande interesse. Na edição da citada medida o Chefe do Poder Executivo Federal estaria atuando em causa própria, impedindo o direito de ação em assuntos que lhe favoreciam (Almeida, 2003, p. 592).

A citada medida provisória é de constitucionalidade duvidosa, inicialmente frente a delegação constitucional de defesa dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos, bem como os interesses sociais por parte do Ministério Público. Na interpretação de Almeida (2003, p. 595), limitar a atuação da ACP seria ir contra a vontade do legislador constituinte, sendo inconstitucional por limitar uma garantia constitucional para a concretização de direito. A disposição flagrantemente dificulta o acesso ao Poder Judiciário de demandas coletivas nas matérias de interesse da União, abalando o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A tutela coletiva de direitos possui inúmeras vantagens em relação a lesões que afetam um alto número de pessoas, entre elas evitar a sobrecarga do Poder Judiciário, decisões contraditórias e o abandono do direito. A Constituição de 1988 insere *status* constitucional a instrumentos de tutela coletiva, além de fortalecer instituições responsáveis pela defesa da sociedade como sindicatos, associações e o Ministério Público.

A medida provisória, nos casos tratados acima, tem como finalidade reduzir a eficácia das normas constitucionais de direito material, retirando-lhe a vestimenta processual para provocar o judiciário. Isso porque, a vedação do uso da tutela coletiva permite que diversos indivíduos titulares de direito não o gozem, em razão do distanciamento do cidadão em relação ao Poder Judiciário, trazendo imensa vantagem ao réu a falta de cultura jurídica do cidadão brasileiro (Mazzilli, 2006, p. 136).

A ação civil pública ganha *status* constitucional na Carta de 1988, com ênfase de ser um instrumento do Ministério Público para a concreção de direitos transindividuais. O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal é cláusula aberta para a proteção de direitos

individuais e difusos, renovando o rol do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, tornando exemplificativo o que outrora era *numerus clausus* (Almeida, 2003, p. 595).

O dispositivo inaugura o princípio da não taxatividade das ações civis públicas, sendo possível tutelar qualquer outro interesse transindividual. Dessa forma, infere-se que a Constituição não tinha como intenção restringir o âmbito de atuação das ações civil públicas, mas constituir cláusula aberta adaptável às demandas que adviriam com o passar do tempo (Almeida, 2003, p. 595).

Em relação aos temas vedados, há possibilidade de ligação ou lesão subjacente a direito difuso, como no caso da proibição de ação civil pública em matéria tributária, que tem assuntos diretamente conectados com legalidade e moralidade dos atos da administração pública. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal julgou Recurso Extraordinário nessa linha, no qual foi considerada a legitimidade do Ministério Público para anulação de Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), o qual foi considerado que a redução fiscal adotada afetava o patrimônio público⁵⁷.

Apesar desse entendimento, anos após o STF produziu um Tema de Repercussão geral diametralmente contrário a essa orientação, no Agravo em Recurso Especial nº 694294, definindo o Tema 645/STF, contrária à legitimidade do Ministério Público. Nas razões do relator foi deduzido que não existiria interesse social ou individual indisponível nas relações de natureza tributária, em relação à defesa do contribuinte. Em sentido contrário, o próprio direito tributário tem função social, sendo responsável pelo custeamento dos direitos e programas públicos, além de significar o Poder Estatal adentrando a esfera patrimonial do indivíduo.

⁵⁷ EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DO PARQUET. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. I - O TARE não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público. II - A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Precedentes. III - O Parquet tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, em face da legitimação ad causam que o texto constitucional lhe confere para defender o erário. IV - Não se aplica à hipótese o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985. V - Recurso extraordinário provido para que o TJ/DF decida a questão de fundo proposta na ação civil pública conforme entender.

(RE 576155, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12-08-2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-05 PP-01230).

Além disso, como no julgado acima de relatoria do Ministro Lewandowski, a relação tributária pode esconder reflexos subjacentes referentes à moralidade administrativa, que é um direito de pretensão difusa. O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal faz referência a outros direitos difusos e coletivos, as relações tributárias podem atingir grupos específicos, e até mesmo lhe gerar direitos frente ao Poder de Tributar, neste caso não há dissociar o Ministério Público da defesa do interesse coletivo (Garcia, 2008, p. 298).

Em relação a demandas previdenciárias e de fundos compulsórios, mesmo que as relações tratadas no parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 7.347, de 1985 sejam de direitos individuais homogêneos, havendo interesse social na demanda ou em seus consectários, há a legitimação da atuação do Ministério Público. As disposições legais devem ser interpretadas conforme o filtro constitucional, de modo que não invalide a Força Normativa da Constituição.

Dessa forma, o parâmetro normativo para a interpretação da Lei da Ação Civil Pública é primordialmente a Constituição, por ser a norma fundamental do ordenamento jurídico, bem como, o Código de Defesa do Consumidor, por disposição expressa da Lei nº 8.078, sobre a integração entre os sistemas processuais. A visualização dos preceitos constitucionais será o norte da interpretação, devendo prevalecer os princípios e bens jurídicos privilegiados pelo legislador constituinte (Almeida, 2003, p. 608).

As dúvidas referentes à constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 7.347, de 1985, posicionam o intérprete a escolha do sentido que faça prevalecer a validade da lei. A manutenção da unidade do ordenamento jurídico é imprescindível para o seu funcionamento. No caso em apreço a norma continua sendo a causadora de relevantes discussões jurisprudenciais.

4.3 Tema 850/STF - Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos relacionados ao FGTS

A ação civil pública não poderia veicular matéria referente a FGTS, por força do parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, introduzido pela medida provisória nº 2.180-35 de 2001. A introdução do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro é precedida de algumas discussões jurisprudenciais acerca da utilização das ações coletivas sobre a

matéria. Isso porque, em meados dos anos 2000 ocorreram diversas ações⁵⁸ referentes a correção monetária do FGTS relativa aos períodos de janeiro de 1989 (plano verão) e abril de 1990 (Plano Collor I) (Fernandes; Lima, 2016, p. 326).

O FGTS é um direito social criado com a finalidade de assegurar a permanência do trabalhador no emprego, evitando possíveis demissões sem justa causa, como também flexibilizar a situação das empresas, em relação ao antigo direito à estabilidade decenal⁵⁹. O fundo de garantia por tempo de serviço é uma obrigação trabalhista que deve ser depositada pelo empregador em conta vinculada a Caixa Econômica, em valor correspondente a 8% do salário do empregado. A quantia é corrigida em juros e correção monetária, com o fim da valorização do patrimônio do trabalhador (Souza *et. al*, 2023, p.94).

O fundo foi instituído por intermédio da Lei nº 5.107, de 1966, sendo utilizado como subsídio para políticas públicas relacionadas à infraestrutura e habitação. (Souza *et.al*, 2023, p.94). O FGTS atualmente tem *status* de direito fundamental, presente no art. 7º, inciso III, da Constituição Federal, sendo disciplinado pela Lei nº 8.036/1990, ganhando outros relevos de proteção social, como financiamento programas habitacionais no país⁶⁰. Dessa forma, o fundo seria um importante instrumento político para o Poder Executivo, como também ajudaria a manutenção do Estado Social através da moradia popular, justamente as prestações positivas requeridas

O Tema 850/STF tinha como processo afetado o RE nº 643978/SE, que discutiu em linha gerais a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa do patrimônio do trabalhador brasileiro, tendo como ré a Caixa Econômica Federal. A situação impugnada pelo *parquet* referia-se a divisão dos valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em diversas contas na CEF, de acordo com cada vínculo empregatício. (Brasil, 2019, p.1).

⁵⁸ No ano 2000 vários recursos extraordinários foram julgados sobre a correção do FGTS, como: RE 226855 / RS; RE 248188 / SC - ; RE 266583 AgR / SP - SÃO PAULO; RE 245167 AgR / RS -RE 272298 AgR / SP -

⁵⁹ Anteriormente o trabalhador com 10 anos de carteira assinada adquire estabilidade no emprego, podendo ser demitido apenas por justa causa.

⁶⁰ Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS serão realizadas exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS e em operações que preencham os seguintes requisitos:

§ 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana, operações de microcrédito e operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuem com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar, desde que as disponibilidades financeiras sejam mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e de remuneração mínima necessárias à preservação do poder aquisitivo da moeda (Brasil, 1990).

A situação gerou o aviltamento da verba a receber após a dispensa do trabalhador, pois a Caixa Econômica só liberava a quantia depositada na última conta, diminuindo substancialmente o *quantum* liberado ao cidadão em situação de desemprego. A lide trata sobre direitos individuais homogêneos, mas a pretensão da tutela coletiva exercida transcende a esfera do individual. No caso sob análise a decisão judicial na obrigação de fazer seria aproveitada por outros futuros trabalhadores.

Além disso, o FGTS é tido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como um direito socialmente relevante. No Recurso Extraordinário 643978 RG / DF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, é expresso razões de importância do bem intrinsecamente ligadas a proteção social, a destinação do fundo na utilização de recursos para o sistema de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura. O fundo compulsório é um importante instrumento social, com desenho constitucional (Brasil, 2015, p.1).

Entre as razões para a consideração do FGTS como direito de relevância social estão delineados o número de pessoas afetadas, utilizando-se de registros do número de contas para a utilização do fundo, “mais de 500 milhões de contas, com arrecadação de mais de R\$ 36.500.000 mil”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem utilizando o critério subjetivo como um dos delimitadores do interesse social da demanda, negando a utilização da ação civil pública⁶¹ pelo *parquet* nos casos de poucos afetados.

Nas palavras do Ministro Herman Benjamin, ex membro do Ministério Público, a relevância social tem sua expressão objetiva, interligada aos bens e valores caros à sociedade, como também é detentora de uma face subjetiva, relacionada ao sujeito detentor do direito. No campo da subjetividade, a relevância social irá abarcar os grupos vulneráveis, como as crianças, idosos e adolescentes, assim como as demandas massificadas (Brasil, 2009, p. 13).

No caso do FGTS estão presentes a relevância subjetiva, e sobretudo, a objetiva, concernente à segurança do trabalhador desempregado. No modelo de Estado Social o direito deve ser acessível a todos, independentemente de hipossuficiência ou conhecimento técnico. Os direitos sociais e a valorização do trabalho são bens e direcionadores importantes na atual

⁶¹“Todavia, na espécie, apesar da natureza individual homogênea dos direitos dos consumidores, não se vislumbra relevância social nos interesses defendidos, na medida em que a ação civil pública intentada teve início em virtude da insurgência de um consumidor quanto às taxas cobradas em razão da desistência da compra de bilhete aéreo, o que significa dizer que o direito lesionado pertence à pessoa certa e determinada, isto é, diz com a defesa de direito individual homogêneo, sem demonstração de relevância social”.
I(AgRg no REsp n. 1.298.449/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/6/2016, DJe de 22/6/2016.)

constituição. Desse modo, não há como afastar a legitimidade do *parquet* na defesa desses interesses.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a relevância social do tema do FGTS, não se utilizou de nenhuma técnica de declaração de inconstitucionalidade, seja a declaração incidental ou a declaração parcial sem redução do texto. O relator utilizando-se das palavras do Ministro Marco Aurélio refere-se ao dispositivo como um modo de não vulgarizar a ação civil pública, estando em completa conformidade com a constituição:

Irreparável o entendimento externado pelo tribunal a quo, que, precisamente, grifou o dever de leitura do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985, com a redação da MP 2.180-35/2001, em absoluta conformidade com a CARTA MAGNA, pois “o dispositivo buscou apenas evitar a vulgarização da ação coletiva, especialmente pelo seu manejo incorreto para fins e simples movimentação ou discussão nas hipóteses de saque de contas fundiárias ao sabor de interesses individualizados (eSTJ, fl. 292, vol. 3) (Brasil, 2019, p. 17).

Dessa forma, não foi utilizada a declaração de inconstitucionalidade incidental, mantendo uma norma de constitucionalidade duvidosa no ordenamento jurídico, o que causa diversas decisões díspares. Apesar da construção jurisprudencial dos sentidos de “relevância social”, ainda hoje há uma série de dificuldades no reconhecimento da legitimidade do Ministério Público nessas causas, principalmente em virtude dos interesses do Estado.

Como exemplo, o EREsp 1428611 /SE, que está em sede de recurso extraordinário, o qual negou a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública sobre isenção tributária a pessoa com deficiência. Por óbvio, o grupo interessado estando em posição de vulnerabilidade, inclusive o Estatuto do Deficiente atribui ao *parquet* o dever de tomar as medidas necessárias contra a violação de seus direitos.

Em verdade, a utilização da técnica de interpretação conforme a constituição para admitir a propositura de ação civil pública em matéria de FGTS viola totalmente os limites jurídicos formais da técnica. Primeiramente, em razão da inexistência de polissemia no texto do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 7.347, os elementos linguísticos que compõem o texto têm seu sentido definido e direto. Inclusive, a tese firmada no Tema 850/STF é diametralmente contrária a sentido gramatical do texto interpretado:

Tabela 02 - Diferença entre o texto contido no parágrafo único, do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública e o tese estabelecida no Tema 850/STF.

TEMA 850/STF	Parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 7.347
O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em	Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos,

defesa de direitos sociais relacionados ao FGTS.	contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados
--	---

Fonte: Realizado pela autora.

Não há como extrair o entendimento do tema a partir do texto do dispositivo impugnado. Além disso, nunca foi a intenção do legislador constituinte o monopólio da ação civil pública para o *parquet*, elaborando regra sobre a legitimidade dos outros entes nas mesmas situações elencadas para o Ministério Público⁶². Dessa forma, a consolidação da jurisprudência toda envolta a figura do *parquet*, traz tratamento preferencial a instituição. A tentativa de salvar a constitucionalidade de uma lei deve estar em coerência com todo o sistema jurídico.

A segunda regra da interpretação conforme a constituição está na não contrariedade da intenção do legislador ordinário. Nessa hipótese, o parágrafo único foi inserido por intermédio de uma medida provisória, editada pelo Chefe do Poder Executivo. O instrumento introdutor de norma utilizado tem como requisito relevância e urgência, após 15 anos da edição da Lei da Ação Civil Pública nenhum fato ensejou a limitação do instrumento a temas de interesse governamental.

Inclusive, o conteúdo da medida provisória em questão foi replicado diversas vezes. A primeira em 01 de junho de 2000, sob o nº 1.984-18/2000, após a conclusão do prazo sem a transformação em lei, outras MPs, com o mesmo conteúdo foram editadas, com a finalidade manter a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85 em vigor. A última Medida Provisória editada na tentativa de veicular o mesmo conteúdo foi a nº 2.180-35/2000326, que permanece em vigor graças ao artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001⁶³ (Mazzilli, 2003, p. 746).

A época da edição da citada medida provisória coincide com a edição de outras MPs com objetivo de restringir ou diminuir a tutela coletiva. Por óbvio, a vontade subjetiva do legislador residia em proibir esse tipo de ação naquilo que fosse pertinente a seus interesses.

⁶² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

⁶³ Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Por fim, a falta de uma regulação geral sobre o dispositivo e as decisões conflitantes, geram uma insegurança jurídica sobre a matéria. Em verdade, a declaração de inconstitucionalidade seria a medida que traria maior segurança jurídica sobre a matéria. Decisões como a analisada, apesar da bela roupagem social, são porta de entrada para outros arbítrios e abusividades.

Nessa seara, o desenvolvimento da “relevância social” como ponto de legitimidade da atuação do Ministério Público foi importante instrumento para a ampliação da tutela coletiva. Contudo, a extensão dessa interpretação conforme para o parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 7.347/85 trouxe insegurança jurídica, demonstrando que a expulsão da norma no sistema jurídico traria maior coesão ao ordenamento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade pós-industrial vive a tendência a danos em massa, necessitando que o Estado responda adequadamente a novas pretensões emergentes. No Direito Brasileiro, o papel do Ministério Público é fundamental na proteção dos direitos da coletividade, principalmente aqueles que não seriam de pouca viabilidade da tutela individual.

A ação civil pública é o instrumento processual mais utilizado para o alcance da proteção de direitos metaindividuais. Apesar de ser complementada legislativamente com o Código de Defesa do Consumidor, a escassez de aprofundamento do Poder Legislativo na disciplina dessas matérias relega ao Poder Judiciário a realização do direito, através dos instrumentos normativos existentes.

Dessa forma, os tribunais superiores brasileiros vêm utilizando da interpretação conforme a constituição para efetivação dos direitos fundamentais afetados em larga escala. Por isso, foi utilizado a revisão bibliográfica de conceitos utilizados pela jurisprudência brasileira acerca da possibilidade de tutela de direitos coletivos *lato sensu*, em especial o Recurso Extraordinário nº 631111/SP e o Tema nº 850/STF. Ambos os julgados utilizam-se das normativas constitucionais, em interpretação extensiva para viabilizar o processo coletivo e a consequente tutela de direitos.

O desenvolvimento na jurisprudência sobre legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas em relação a direitos individuais homogêneos pode ser considerado ainda questão nebulosa a ser tratada pelos tribunais. Apesar do Recurso Extraordinário 631111/SP ter sido de relatoria do Ministro Teori Zavascki, processualista com profundo conhecimento sobre a tutela coletiva, os critérios de relevância objetiva, quanto a importância do bem a sociedade, não foram bem delineados no julgado, delegando a interpretação sobre os valores privilegiados pela constituição ao intérprete.

A falta de critérios objetivos produziu decisões díspares, mudando a fundamentação e critérios de acordo com a relatoria de cada ministro. Além disso, pior situação é a utilização da “relevância social” como escopo para manter no ordenamento jurídico normas eminentemente inconstitucionais. No caso do Tema 850/STF, foi utilizada a interpretação conforme a constituição para legitimar a atuação do Ministério Público, através de ação civil pública, em matéria de FGTS, apesar do claro apelo social, não há como considerar adequada

a interpretação que foge do sentido gramatical do texto de lei e da vontade subjetiva do legislador.

O neoconstitucionalismo, utilizando-se da Força Normativa da Constituição e da interpretação para consolidação de preceitos abstratos, é importante vertente doutrinária em um país com dificuldade de atuações legislativas concretas em prol dos direitos fundamentais. As cláusulas abertas e princípios conseguem dar maior grau de justiça ao ordenamento jurídico e adequá-lo às mudanças sociais. Contudo, há a necessidade da utilização da correta técnica jurídica e do estabelecimento de critérios objetivos.

A interpretação extensiva, aplicada pelo Poder Judiciário, para legitimar corpos intermediários na proteção dos interesses sociais pode ser também fruto da ausência de um Código de Processos Coletivos. Apesar da existência do microsistema da tutela coletiva no Brasil, formado pela Lei da Ação Civil Pública e o CDC, há a necessidade da atualização e especificação da legislação ordinária, vez que os processos coletivos e os danos massas são tendências atuais vivenciadas pelo judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet**, n. 20, p. 1-48, 2008. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf> Acesso em: 10. jan. 2023.
- ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉS, Edis (coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17-32. ISBN 85-203-2754-0.
- ARAÚJO, Fabíola Souza. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. **REVISTA DA AGU**, 2009.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 7, n. 1, p. 18-30, 2006. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>. Acesso em: 10 jan. 2024.
- BARCELOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 83–105, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43620. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43620>. Acesso em: 10 jan. 2024.
- BARROSO, L. R. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 197, p. 30–60, 1994. DOI: 10.12660/rda.v197.1994.46330. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46330>. Acesso em: 11 jan. 2024.
- BARROSO, L. R. EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À LIBERDADE. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 2, p. 100–109, 15 dez. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, ed. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 5 jan. 2024.
- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 232, p. 141–176, 2003. DOI: 10.12660/rda.v232.2003.45690. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>. Acesso em: 10 jan. 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **THEMIS : Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Ceará, v. 4, n. 2, p. 13-100, 3 jun. 2006. DOI <https://doi.org/10.56256/themis.v4i2.241>. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/241>. Acesso em: 5 jan. 2024.
- BONAVIDES, P. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 82–93, 2008. DOI: 10.30899/dfj.v2i3.534. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 694294 RG**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25-04-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 16-05-2013 PUBLIC 17-05-2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 576155**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12-08-2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-05 PP-01230).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 163231/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo e Recorrido: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 26/02/1997. Brasília, DF. p. 737-778. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631111**. Recorrente: Ministério Público, Recorrido: Marítma Seguros S/A. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 07/08/2014. Brasília. DF. p. 1-50. 2014.

CANTOR, Ernesto Rey; ANAYA, Giovanna Alejandra Rey; ANAYA, Ángela Margarita Rey. **Las generaciones de los derechos humanos: Libertad - Igualdad - Fraternidad**. 10. ed. Bogotá: Universidad Libre, 2022. 538 p. ISBN 978-628-7580-20-6.

CARDOSO, O. V. **A Interpretação Constitucional Como Método de Controle de Constitucionalidade**. Direito Público, [S. l.], v. 6, n. 25, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1446>. Acesso em: 11 jan. 2024.

CARVALHO, E.; LEITÃO, N. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Revista Direito GV**, v. 6, p. 399–422, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tDb5KHGQhJgNgWyFZXsn7dK/?lang=pt#>. Acesso em: 10. jan. 2023.

COIMBRA, R. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 5, n. 16, p. 64–94, 2011. DOI: 10.30899/dfj.v5i16.365. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/365>. Acesso em: 19 jan. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed., rev., Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CUNHA JR, Dirley da. **Distinções entre as Técnicas da "Interpretação Conforme a Constituição" e da "Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução de texto"**. Jusbrasil, [s. l.], 2015. Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/distincoes-entre-as-tecnicas-da-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-da-declaracao-parcial-de-inconstitucionalidade-sem-reducao-de-texto/152105770> . Acesso em: 8 jan. 2024.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221>. Acesso em: 10 de jan. 2024.

DE PONTES SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon. Arguição de descumprimento de preceito Fundamental. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 16, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Problemas da aplicação judicial do direito constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 29, p. 135-157, 2014.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Das origens ao futuro da Lei da Ação Civil Pública: O desafio de garantir acesso à justiça com efetividade**. In: MILARÉS, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17-32. ISBN 85-203-2754-0.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIVANT, Julia S.. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia** Estudos Sociedade e Agricultura, 16, abril 2001: 95-112. Disponível em: <http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 08.01.2024.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133.

LAMENHA, B.; LIMA, F. D. S. **Quem defenderá a sociedade?** Trajetórias e competição institucional em torno da tutela coletiva entre ministério público e defensoria no pós-1988. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. l.], v. 22, n. 1, p. 73–104, 2021. DOI: 10.18593/ejll.26652. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26652>. Acesso em: 20 jan. 2024.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67932/70540>. Acesso em: 10 jan. 2024.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19º. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006. 712 p. ISBN 85-02-05568-2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002. 289 p. ISBN 85-02-03941-5.

MENDES, G. F. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília. vol. 2, n. 13, junho/1999.

Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, ed. 43, p. 247-268, 2008. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_247.pdf. Acesso em: 5 jan. 2024.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: **Revista de processo**. 1991. p. 1-10. Disponível em: https://www.academia.edu/download/34226437/BARBOSA_MOREIRA__Jose_C._Acoes_coletivas_na_Constituicao_Federal_de_1988.pdf. Acesso em: 10. jan. 2024.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: **Revista de Processo**. 1985. p. 55-77. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056082/mod_resource/content/1/Tutela%20jurisdicional%20dos%20interesses%20coletivos%20ou%20difusos.pdf.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores? = The objective dimension of fundamental rights: is possible to recognize the fundamental rights as an objective order of values? **Direito e Liberdade**, Natal, v. 13, n. 1 (7), 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43548>>. Acesso em: 8 jan. 2024.

RIBEIRO, J. DE M. Interpretação conforme à constituição : a lei fundamental como vetor hermenêutico. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 184, p. 149–170, 1 out. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194954>. Acesso em: 10 de jan. 2024

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, sociedade de risco e segurança. **Revista de Direito Administrativo**, 2007, p. 267-287. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27037/41660-86572-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2024.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 47, v. 186, p. 245-264, jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198684>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/31268872/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SÓFOCLES. **Antígona**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SOUSA, F. O. DE. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95–109, 1 out. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242932>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ROCHA, F. L. X. O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 185–190, 1 jul. 1997. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/269> . Acesso em: 8 jan. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. **A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar**. Princípios e limites da tributação. São Paulo: Quartier Latin, p. 429-445, 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/37651098/1270839842.pdf>. Acesso em: 10. jan. 2024.

YEUNG, Luciana; TIMM, Luciano Benetti; ARAÚJO, Flávia. **Existe espaço para melhorar a ação civil pública no Brasil: menos é mais**. Consultor Jurídico, [s. l.], 2 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-02/opiniaio-espaco-melhorar-acao-civil-publica-brasil/>. Acesso em: 10 jan. 2024.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. **Justiça & Cidadania** • Março, 2009

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo** – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2017.