

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO MATERIAL COLETIVO E DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: REFLEXÕES A PARTIR DA NOVA *SUMMA DIVISIO* ADOTADA NA CF/88 (TÍTULO II, CAPÍTULO I)

Gregório Assagra de Almeida*
Luiz Philippe Vieira de Mello Neto**

1 – INTRODUÇÃO

O Direito é atualmente apontado por muitos como a espinha dorsal da sociedade. Nesse contexto, ele possui alguns pilares que orientam seu funcionamento e o funcionamento da sociedade. Entre eles, interessa explicitar um que, por tamanha sua importância, é considerado o núcleo essencial para todo ordenamento jurídico democrático, qual seja: o conjunto dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, os quais possuem força normativa em grau máximo.

Nesse contexto, um elemento novo na Constituição altera de modo significativo a perspectiva em que se vê o Direito como um todo. E é exatamente isso que se constata na Constituição Federal de 1988, que foi a primeira de toda nossa história a inserir expressamente os direitos coletivos, ao lado dos direitos individuais, no plano dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Essa mudança de paradigma tem o condão de produzir o surgimento de uma nova *summa divisio* constitucionalizada, de modo que a antiga divisão

* *Mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professor e coordenador do programa de pós-graduação da Universidade de Itaúna (MG); promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; coordenador pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; membro da comissão de juristas do Ministério da Justiça que elaborou o Anteprojeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, convertido no Projeto de Lei nº 5.139/09 (2008-2009); jurista integrante da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União; professor visitante do curso de doutorado da Universidad Lomas de Zamora – Buenos Aires – Argentina.*

** *Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.*

entre Público e Privado, por contrariar os princípios do Estado Democrático de Direito e a própria evolução da teoria dos direitos fundamentais, não foi recepcionada¹.

Tem-se, então, um novo elemento associado a uma forma inovadora de interpretar e de concretizar o ordenamento jurídico, que será objeto de destaque na construção deste artigo.

Seguindo esse raciocínio, o texto apresenta, primeiramente, a fundamentação dessa nova divisão constitucional, suas razões e sua relevância social, para, depois de compreendida a linha de pensamento que guia este Estado Democrático de Direito, aprofundar na análise dos princípios e das regras interpretativas do direito processual coletivo. Consta-se o surgimento do direito processual coletivo como um ramo autônomo, com objeto, método e institutos próprios. Na sequência, são apontados os obstáculos relacionados à compreensão e aplicação desse novo ramo do direito processual e apresentadas conclusões pontuais sobre os temas abordados, com a indicação das referências bibliográficas que ampararam a pesquisa.

2 – OS DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi a primeira Constituição do País em que o Direito Coletivo, amplamente considerado, foi inserido, ao lado dos direitos individuais, no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no sistema jurídico pátrio. A inserção consta de texto expresso da Constituição, como um dos seus capítulos, o primeiro do Título II, sobre os *Direitos e Garantias Fundamentais* e, certamente, é o resultado da legítima atuação das forças sociais e políticas que contribuíram e pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte, instalada no País em 1987².

1 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo – superação da summa divisio direito público e direito privado por fuma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 22-57.

2 A respeito da importância das forças sociais e políticas na elaboração da CF/88, manifestou CITTADINO, Gisele: “(...) A Constituição Federal de 1988, elaborada através de um processo de participação no qual estiveram presentes as mais variadas forças, é reveladora de como o retorno ao direito pode significar uma valorização do espaço público da política”. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 234. Relatam BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de: “Enfim, uma Constituinte, como nunca, aliás, houve em nossa história constitucional de várias repúblicas e um império, em que o povo esteve realmente perto dos mandatários da soberania e sem quaisquer obstáculos lhes trouxe o subsídio de sua colaboração e o préstimo de sua vontade. A presença da sociedade nunca faltou, portanto, nas diversas ocasiões em que ocorreram dramáticos conflitos de interesses, dos quais haveria de emergir afinal as regras básicas disciplinadoras de matéria a ser posta no texto da Constituição”. *História constitucional do Brasil*, p. 495-496.

Não há previsão, nesse sentido, nas Constituições de outros países, tais como a Constituição Norte-Americana, de 1787, e suas respectivas Emendas, a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição francesa de 1958, a Constituição espanhola de 1978; a Constituição Argentina de 1994. Nem mesmo a proposta de uma *Constituição Europeia* insere o Direito Coletivo no plano das teorias dos direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, aos 07 de dezembro de 2002, igualmente não faz menção expressa ao Direito Coletivo como categoria dos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa de 1976, na Parte I, referente aos *Direitos e Deveres fundamentais*, Título I, dos *Princípios Gerais*, prevê, em seu art. 12: *1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza*³. A doutrina portuguesa não tem, contudo, realizado uma leitura ampliativa e construtiva da previsão do art. 12, 2, transcrito. Jorge Miranda, por exemplo, chega a afirmar que o fato de a Constituição portuguesa ter acrescentado direitos às pessoas coletivas não representa equiparação aos direitos individuais⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao contrário, utiliza-se de termo mais adequado e amplo, colocando no mesmo patamar *Direitos Individuais e Direitos Coletivos* (Título II, Capítulo I). Ao invés de utilizar o termo pessoa, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira vale-se do termo Direitos Coletivos no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos ou interesses coletivos.

As assertivas acima não significam que não possa haver proteção do Direito Coletivo ante a Constituição de outros países. Sustenta-se, isso sim,

3 Sobre as pessoas coletivas, aduz ANDRADE, Manuel A. Domingues de: "(...) são organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial (massa de bens), tendo em vista a prossecução dum interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é, reconhece como centros autônomos de relações jurídicas (...)". Acrescenta o jurista português: "(...) Pessoa colectiva é desde logo o próprio Estado (art. 37º). São pessoas colectivas os concelhos (Cód. Adm., art. 14º), as freguesias (Cód. Adm., art. 196º, parágrafo único) e as províncias (Cód. Adm., art. 284º, parágrafo único), as Misericórdias (Cód. Adm., arts. 416º e 433º), as associações religiosas (Cód. Adm., arts. 416º e 449º), as sociedades comerciais (Cód. Com., art. 108º). E os exemplos poderiam multiplicar-se". *Teoria da relação jurídica*: sujeitos e objeto, v. I, p. 45-6.

4 Afirma MIRANDA, Jorge: "Não se trata de uma equiparação. Pelo contrário, trata-se de uma limitação: as pessoas colectivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm 'todos' os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas colectivas ou a instituições (v.g., o direito de antena) (...)". *Manual de Direito Constitucional*: direitos fundamentais, t. IV, p. 219.

que a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma Nação democrática que tem como seus objetivos fundamentais a criação de uma sociedade justa, livre e solidária. Não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

José Afonso da Silva, ao comentar a inserção, no Brasil, do *Direito Coletivo* no plano da *teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais*, declarou ter faltado explicitação adequada de quais seriam efetivamente esses direitos⁵. Todavia, entende-se que essa falta de explicitação, presente no Capítulo I, Título II, da CF/88, ao invés de restringir, amplia a própria dimensão constitucional do Direito Coletivo. Trata-se de uma *cláusula constitucional aberta sobre o próprio Direito Coletivo*, como direito constitucional fundamental, com o condão de incorporar todas as dimensões constitucionais sobre direitos coletivos previstas expressa ou implicitamente na CF/88. Por isso, a previsão em questão está em perfeita sintonia com a *cláusula geral aberta* dos direitos e garantias constitucionais do § 2º do art. 5º da CF/88, tanto que o próprio José Afonso da Silva arrola inúmeras espécies de Direito Coletivo presentes ao longo do texto constitucional⁶.

A aferição em abstrato e de forma genérica do Direito Coletivo não é uma técnica interpretativa perfeita. O mais adequado é procurar aferir se determinado direito é realmente de dimensão coletiva, levando-se em consideração o plano concreto da tutela jurídica, deduzida ou a ser deduzida⁷.

5 Aduziu SILVA, José Afonso da: “A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos coletivos?”. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 195.

6 SILVA, José Afonso da: “Muitos desses ditos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores (nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas ‘direitos individuais de expressão coletiva’, com as liberdades de reunião e de associação”. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 194.

7 Nesse sentido, NERY Jr., Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159-60.

O fato de o Direito Coletivo pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais, impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo. Destarte, a cláusula constitucional *Direito Coletivo* (Título II, capítulo I, da CF/88) abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos, em sentido restrito, e os direitos e interesses individuais homogêneos, integrando também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o Direito Coletivo positivado no País, bem como, e especialmente, a Constituição, cuja proteção, em abstrato e na forma concentrada, é uma exigência do constitucionalismo brasileiro e se legitima por um inquestionável *interesse coletivo objetivo legítimo*.

3 – UMA NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA: DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS

A partir dessa nova diretriz constitucional, concluiu-se que a *summa divisio* clássica, *Direito Público* e *Direito Privado*, não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, pelas mesmas razões, não foi acolhida a classificação tripartite sustentada por alguns doutrinadores, os quais sustentam a existência das seguintes dimensões do Direito: *Público*, *Privado* e *Transindividuais*. A nova *summa divisio* constitucionalizada no País é *Direito Individual* e *Direito Coletivo*. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal: a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual quanto de normas de Direito Coletivo⁸.

O Capítulo I do Título II da CF/88 explicita o fundamento da nova *summa divisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: *Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos*.

Além disso, cabe destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da Sociedade, com as concepções atuais em torno do Estado Democrático de Direito, compreendido como o Estado da justiça material e da transformação da realidade social e inserido na Sociedade.

Acrescenta-se, ainda, a necessidade de se estabelecer o enquadramento metodológico dos direitos, levando-se em conta os planos da titularidade e, especialmente, o plano da proteção e da efetivação do direito, para os quais se volta uma ciência jurídica de dimensão também prática.

8 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 22-57.

Assim, a exploração metodológica da nova *summa divisio* faz-se necessária para a devida compreensão da própria teoria dos direitos constitucionais fundamentais positivada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, a partir da qual devem ser construídos os novos modelos explicativos. Os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante de ordem jurídica e força vinculativa de todos os operadores jurídicos oficiais e não oficiais.

4 – A IMPORTÂNCIA DA NOVA *SUMMA DIVISIO* CONSTITUCIONALIZADA E A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE NOVOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES A PARTIR DA INSERÇÃO DOS DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, torna-se possível a construção de novos paradigmas da relação entre sociedade e Estado ou entre indivíduos e Estado. A nova abertura permite a reconstrução de novos princípios e diretrizes para a administração pública, impondo-se uma atuação vinculada ao atendimento dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Muitos *privilégios* do Poder Público resultam de uma visão autoritária e distorcida do Estado e do seu papel na sociedade. A própria atuação descomprometida de determinados administradores, que banalizam muitos direitos fundamentais, individuais e coletivos, tem amparo em um direito público elaborado com base em parâmetros inconciliáveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Supremacia do interesse público sobre o particular, insindicabilidade do mérito dos “denominados atos administrativos discricionários”, presunção de legitimidade dos atos administrativos, entre outras diretrizes que regem a atuação do Poder Público, precisam ser revisitados à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada.

No plano do direito processual, verifica-se que a Constituição impõe uma verdadeira mudança de paradigma, pois não é razoável e adequado tutelar direitos coletivos fundamentais por intermédio de um direito processual voltado para a tutela de direitos individuais. É necessária a construção de um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais, conforme será observado no próximo tópico.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da CF/88, dependem da devida compreensão da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil. Todos os direitos fundamentais, individuais ou

coletivos, possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. O *princípio da aplicabilidade imediata* não impede, porém, que seja aferida a impossível realização, muitas vezes provisória, do direito fundamental, quando houver impedimento real ou fático. Entretanto, é descabida a alegação de impedimento formal, ou meramente de teor jurídico, como barreira à realização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Afirmou-se anteriormente que o impedimento puramente jurídico não existe porque a Constituição é clara e contundente ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Portanto, é insustentável, por exemplo, a tese de necessidade de reserva de orçamento como alegação formal impeditiva à imposição ao Estado de implementação de políticas públicas para cumprir as exigências do art. 3º da CF/88.

Entende-se que para provocar a devida expansão de todas as potencialidades da teoria dos direitos fundamentais, consagrada na CF/88, torna-se imprescindível o estudo e a exploração metodológica da *summa divisio* Direito Coletivo e Direito Individual, constitucionalmente adotada.

Para o constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto constitucional quanto teórica, também dão embasamento às assertivas acima.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do Direito Material Coletivo brasileiro, não se sustenta que ele seja um novo ramo do Direito; como não se sustenta que o Direito Individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no País, seja um outro ramo do Direito. Na verdade, o Direito Coletivo e o Direito Individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Direito Coletivo existem ramos do Direito, tais como o Direito do Ambiente, o Direito Coletivo do Trabalho, o Direito Processual Coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “Direito Público”, que estaria dentro do Direito Coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no Direito Individual há vários ramos do Direito como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Comercial, etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na Sociedade⁹, regido pela Constituição, com função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo¹⁰. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público”, também dentro do Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista¹¹.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, não se insere o Direito Constitucional na *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional, na sua essência substancial e principiológica, está acima e representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

Ademais, existem outros argumentos de fundamentação teórica que dão embasamento às assertivas acima: em um Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro (art. 1º da CF/88), não é possível separar de forma estanque os direitos do próprio Estado, de um lado, e os Direitos Coletivos e os Individuais, de outro; o Estado Democrático existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu. O Estado está inserido na sociedade que o constituiu e em seu nome e em sua defesa deve atuar. O que se chama de *Direito Público* compõe, na verdade, um dos capítulos do Direito Coletivo, mas também está presente no Direito Individual. A principiologia que rege o Direito Coletivo (princípio democrático, solidariedade coletiva, transformação social, aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais, etc.) deve traçar a nova forma de atuação do Estado brasileiro e das suas instituições de defesa social, impondo o surgimento no País de um constitucionalismo inovador e comprometido com a implantação de uma sociedade mais livre, justa e

9 No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de que o Estado constituía uma realidade autônoma em face da sociedade”. *Teoria geral do Estado*, p. 158.

10 ZIPPELEUS, Reinhold: “(...) no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso – deve-se concluir – pelo justo equilíbrio daqueles interesses”. *Teoria geral do Estado*, p. 159.

11 Também é inquestionável que a Constituição contém tanto normas de “Direito Público” quanto de “Direito Privado” e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme, assim, o faz a *summa divisio* clássica.

solidária, nos termos dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados expressamente no art. 3º da CF/88.

Para essas conclusões, parte-se do pressuposto de que, para a identificação do Direito, não é suficiente a análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou a sua utilidade. É determinante que também sejam analisados o plano da titularidade do Direito e a forma de sua proteção e efetivação material. Com base nesses dois últimos elementos, conclui-se que, ou a norma jurídica se destina à proteção ou efetivação de Direito ou Interesse Individual, ou a norma Jurídica visa à proteção ou efetivação de Direito ou Interesse Coletivo. Estes dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional. Mesmo em relação à divisão das normas constitucionais em normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais, observa-se que ambas as categorias das referidas normas voltam-se para a proteção e efetivação, ora de Direito Individual, ora de Direito Coletivo¹². Contudo, no plano abstrato, todas essas normas do direito positivo constitucional são de interesse coletivo (difuso) de toda a coletividade. É exatamente este interesse que apoia e justifica o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, interesse esse denominado de *interesse coletivo objetivo legítimo*¹³.

5 – O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO COMO UM NOVO RAMO DO DIREITO PROCESSUAL E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA A SUA COMPREENSÃO E APLICAÇÃO

5.1 Surgimento como um novo ramo

O *direito processual coletivo* é um novo ramo do *direito processual*, pois possui objeto e método próprios¹⁴. No caso do Brasil, o *direito processual*

12 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 13.

13 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 159-65.

14 Tivemos a oportunidade de sustentar, em nossa dissertação de mestrado, defendida em 2000, depois publicada (2003), que o *direito processual coletivo brasileiro* surgiu como novo ramo do direito processual com a CF/88, a qual implantou no País uma nova ordem jurídica, dinâmica, aberta e de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, inseridos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Assim, o *direito processual coletivo*: “(...) é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no ‘plano abstrato’, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no ‘plano concreto’, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual, p. 22.

coletivo surgiu com a Constituição Federal de 1988, que inseriu os direitos coletivos na teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo II) e conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (art. 5º, LXIX, LX-XIII, art. 14, §§ 10 e 11, art. 36, III, art. 102, I, *a*, §§ 1º e 2º, art. 103, art. 114, §§ 2º e 3º, art. 129, III, todos da CF/88), além de dispor sobre outras diretrizes processuais pertinentes.

Em edição recente de 2005, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, juristas de renome, também passaram a sustentar, na clássica obra *Teoria geral do processo*, que sendo caracterizado por princípios e institutos próprios, o *direito processual coletivo* pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual¹⁵.

O sistema pátrio é apontado, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos massificados, como um dos mais avançados do mundo. É esta a visão atual que propõe a classificação das tutelas processuais de acordo com as tutelas materiais. Entre o direito material e o direito processual deve existir uma relação de correta e perfeita *interligação* ou de *integração* mútua. E mais: essa relação de integração e interligação deve ser direcionada com base nos direitos e garantias constitucionais fundamentais¹⁶.

Ora, se vivemos em uma sociedade massificada, se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, torna-se imprescindível também a concepção de um direito processual massificado.

5.2 Divisão e objeto material

O *direito processual coletivo* surge como um novo ramo do direito processual no Brasil com a CF de 1988. É o que se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 5º, XXXV; art. 129, III e § 1º; art. 102, I, *a*, § 1º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, dentre outros.

O *direito processual coletivo brasileiro*, no plano do seu *objeto material*, divide-se em *especial* e *comum*. O *direito processual coletivo especial*

15 Concluem os renomados juristas: “Aplicam-se-lhe todos os ‘princípios gerais’ do direito processual (v. cap. IV), mas, além desses, tem ele princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade ‘ad causam’ e aos poderes do juiz etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas”. *Teoria geral do processo*, p. 133. Também, no mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do código de defesa do consumidor*, p. 302-308.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 27.

se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de *interesse coletivo objetivo legítimo*. Especial porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do *direito processual coletivo especial* é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Por outro lado, o *direito processual coletivo comum* se destina à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular, etc. O objeto de tutela do *direito processual coletivo comum* são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). O *direito processual coletivo comum* é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Neste contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, etc., estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*.

5.3 Conceito e natureza jurídica

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de *direito processual-constitucional-social*, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas, em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social¹⁷.

17 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 22.

A *natureza jurídica* do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual constitucional-social, de sorte que ele não nega a teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito constitucional processual¹⁸. O seu método não é só o técnico-jurídico, mas o *pluralista*, que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionalizada. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um *megaelemento*: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça.

5.4 A intensificação da importância dos princípios no Direito Processual Coletivo

Como nova disciplina jurídica, o *direito processual coletivo* ainda não é portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimentadas. Tanto isso é verdade que o movimento mais atual no plano do direito processual coletivo é o da sua codificação¹⁹. Ademais, no plano da eficácia a tutela jurídica no direito processual coletivo é potencializada, o que evidencia a grandeza da sua relevância jurídica, social e política²⁰.

Assim, os princípios assumem uma função nuclear extremamente intensificada no âmbito do direito processual coletivo, o que é reforçado em razão dos seguintes fatores: a) a sua natureza processual-constitucional-social; b) a sua importância jurídica, social e política; c) a potencialidade da sua tutela jurídica; d) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem

18 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 18-19.

19 Sobre o movimento pela codificação, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Também, em obra excelente que está sendo lançada, GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 (no prelo). Outro trabalho que merece consulta: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2007. Também não pode ser esquecida a grandeza da seguinte obra coletiva: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

20 ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, p. 241-272.

sedimentadas²¹; e) a generalização, a relativização, a força normativa e superioridade vinculante e irradiante dos princípios sobre as simples regras jurídicas, conforme proposições contidas no novo constitucionalismo.

Em relação a esse último item, convém destacar que, no neoconstitucionalismo, os princípios são diretrizes normativas gerais do sistema jurídico. São diretrizes relativas, já que um princípio deve conviver harmonicamente com outros princípios da mesma ordem jurídica. São valorativos, tendo em vista que são portadores de dimensões éticas e morais que dão amparo para a fundamentação das simples regras jurídicas. Os pontos de tensão entre eles devem ser solucionados na dimensão do peso, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Eles possuem força normativa e irradiante que vincula a interpretação e aplicação das simples regras jurídicas²².

*5.4.1 Princípios processuais específicos do direito processual coletivo comum*²³: vários são os princípios específicos do *direito processual coletivo comum*, os quais não negam e nem inibem a aplicabilidade dos demais princípios constitucionais fundamentais do direito processual no campo do direito processual coletivo, mas, ao contrário, eles confirmam a incidência desses princípios constitucionais neste novo ramo do direito processual. Assim, apontaremos abaixo de forma sucinta os princípios específicos do *direito processual coletivo comum*.

5.4.1.1 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo: esse princípio decorre do fato de o Poder Judiciário, como órgão do Estado Democrático de Direito, ter o compromisso de transformador da realidade social e por ser o guardião dos direitos e garantias constitucionais sociais fundamentais (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88). Com base neste

21 ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da inflação legislativa em relação a outras, os princípios constitucionais expressos ou implícitos constituem, na visão do novo constitucionalismo, parâmetros sob os quais devem ser orientados o estudo, a reforma e a aplicação do direito no plano de uma ordem jurídica democrática”. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: algumas considerações reflexivas. In: *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 324

22 Para uma análise do confrontamento entre duas das grandes concepções sobre princípios no neoconstitucionalismo, a de Dworkin e a de Alexy, conferir PULIDO, Carlos Bernal: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 569-76.

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 567-579. Em texto com publicação recente, intitulado *Direito processual coletivo*, Ada Pellegrini Grinover aponta os princípios e institutos fundamentais do direito processual coletivo, naquilo em que eles se diferenciam dos que regem o direito processual individual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, p. 279-391.

princípio, o Juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição. O interesse no caso não é em decidir a favor de quaisquer das partes interessadas, mas o interesse em enfrentar o mérito das demandas coletivas. Com isso, não há qualquer risco ao princípio da imparcialidade como garantia constitucional.

5.4.1.2. Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum: o princípio em questão decorre do art. 5º, § 1º, da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e tem fundamento também na regra interpretativa do sopesamento como subespécie do princípio da proporcionalidade. Assim, a supremacia do interesse social (presente sempre no processo coletivo) sobre o particular (que é próprio do processo individual) justifica esse princípio e demonstra a sua relevância no direito processual coletivo.

5.4.1.3 Princípio da presunção de legitimidade ad causam ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável: por força de previsão da Constituição, como ocorre em relação ao Ministério Público (arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III), dentre outros legitimados (art. 129, § 1º, da CF), e da legislação infraconstitucional (arts. 82 do CDC e 5º da LACP), extrai-se que é suficiente a afirmação de direito ou interesse coletivo para presumir a legitimidade ativa provocativa; não há necessidade de se questionar a real titularidade do direito coletivo alegado para se concluir pela legitimidade.

5.4.1.4 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum: com base no princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos. Tem esse princípio previsão expressa na lei (art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP, que lhe confere hipereficácia na sua condição de *norma de superdireito processual coletivo comum*). Este princípio também está presente nos arts. 212 do ECA (Lei nº 8.069/90) e art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

5.4.1.5 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum: esse princípio decorre do próprio espírito do *direito processual coletivo comum*, visto que, por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se revolver em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade, tanto que foi justamente esse o espírito do CDC ao disciplinar a coisa

julgada coletiva (art. 103). Esse dispositivo do CDC deixa expressa a adoção desse princípio no seu § 3º, quando prevê a admissibilidade da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada nas demandas de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos para o plano individual.

5.4.1.6 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo: por força desse princípio deve ser alcançada a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na demanda coletiva. Assim, o juiz, para alcançá-la, deverá determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, para que a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima. O interesse social, sempre presente nas variadas formas de tutelas jurisdicionais coletivas, faz com que se esgotem, no processo coletivo, todos os meios de provas, no sentido de enfrentar o mérito, com a pacificação social com justiça.

5.4.1.7 Princípio da não taxatividade da ação coletiva: qualquer direito ou interesse coletivo (arts. 5º, inciso XXXV, e 129, inciso III, da CF, e art. 1º, inciso IV, da LACP) poderá ser objeto de ação coletiva; não mais subsiste a regra da taxatividade, para efeitos de ajuizamento, por exemplo, de ação civil pública (art. 129, inciso III, da CF), como ocorria no sistema anterior à atual Constituição e ao CDC.

5.4.1.8 Princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva: a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, § 3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo Órgão do Ministério Público, o Juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do Chefe da respectiva Instituição do Ministério Público. Também o *abandono* não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, II ou III (contumácia bilateral ou unilateral, respectivamente), do CPC, de sorte que não é compatível também a ocorrência de *perempção* em sede de demandas coletivas (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 e art. 9º da Lei nº 4.717/65).

5.4.1.9 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público: por imposição decorrente desse princípio, em caso de desídia dos outros legitimados ativos, o Ministério Público deverá promover a execução coletiva (art. 15 da LACP). Esse princípio inclusive tem previsão também na Lei da Ação Popular (LAP, Lei nº 4.717/65), que confere legitimidade ativa provocativa subsidiária ao Ministério Público para a execução coletiva; deve

ele assim agir em caso de desídia do cidadão autor ou de outro legitimado ativo (art. 16 da Lei nº 4.717/65).

5.4.1.10 Princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista: no direito processual coletivo a legitimidade ativa é, por imposição constitucional (arts. 129, § 1º, 125, § 2º, e 103 da CF/88), *concorrente e pluralista*. É o que está presente também nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Assim, a legitimidade ativa no direito processual coletivo não deve ser interpretada de forma fechada ou restritiva, mas de forma aberta e flexível, em razão de decorrer de princípio constitucional. A mesma orientação também está presente no art. 103 da CF/88, em relação ao direito processual coletivo especial (controle abstrato e concentrado da constitucionalidade).

5.4.1.11. Princípio da interpretação aberta e flexível da causa de pedir e do pedido: por intermédio deste princípio, observa-se que a interpretação do pedido e da causa de pedir no direito processual coletivo é aberta e flexível. Tendo em vista que os direitos coletivos são, no Brasil, direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88) e tendo em vista, ainda, que a Ação Civil Pública tutela direitos coletivos, a interpretação do pedido e da causa de pedido nela formulados deverá ser flexível, aberta e ampliativa, o que é próprio da multifuncionalidade da teoria dos direitos e garantias fundamentais no sistema jurídico.

5.5 Regras interpretativas do direito processual coletivo comum²⁴

No sistema pátrio podemos encontrar várias regras relativas à interpretação e à aplicação do *direito processual coletivo comum*. Apontaremos abaixo algumas das principais.

a) *A da completa e perfeita interação entre o CDC e a LACP. O CDC e a LACP se interagem formando um microssistema de normas gerais e básicas sobre o direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC).*

b) *A da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum, visto que a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (compatibilidade formal) e nem impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (compatibilidade substancial ou teleológica).*

24 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 580-585.

c) *A do CDC e da LACP como diplomas fixadores de normas de superdireito processual coletivo comum.* Esses diplomas formam um conjunto de regras processuais principiológicas e gerais que se aplicam, em regra, a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas do direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP), como a da disciplina tripartite da coisa julgada coletiva prevista no CDC (art. 103), a do conceito tripartite de direitos e interesses coletivos estabelecido pelo art. 81, parágrafo único, do CDC, a da não taxatividade das hipóteses de admissibilidade de ação coletiva prevista no art. 1º, IV, da LACP; a da não existência de litispêndência entre ações coletivas e individuais (art. 104).

d) *A da aplicabilidade de todas as regras interpretativas principiológicas do direito constitucional ao direito processual coletivo.* Essa regra decorre da própria natureza de direito processual constitucional-social deste novo ramo do direito processual; assim, lhes são aplicáveis as regras principiológicas da interpretação conforme a Constituição, da interpretação constitucional evolutiva, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da máxima efetividade das normas constitucionais, além de outras diretrizes principiológicas, tais como as decorrentes da supremacia da Constituição e a da unidade constitucional.

*5.6 Obstáculos relacionados à interpretação e à aplicação ao direito processual coletivo comum*²⁵

Inúmeros são os obstáculos no plano da interpretação e da aplicação do *direito processual coletivo comum*, mas iremos apontar aqui apenas os principais.

Assim, seriam os fatores que dificultam a efetividade das variadas formas de tutela jurisdicional coletiva no Brasil: a) a resistência, muitas vezes infundada, à concepção coletiva do direito processual; b) a formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil; c) o apego às regras ortodoxas liberais individualistas constantes do CC e do CPC, que são diplomas legais elaborados para a resolução tão somente de conflitos interindividuais; d) a questão do ensino jurídico e dos próprios currículos universitários, os quais, dentro de uma visão unidimensional de ensino do fenômeno jurídico, demonstram que a maioria das faculdades de direito no Brasil não estão cumprindo a sua verdadeira função social para a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois ainda não preparam os seus bacharéis para o enfrentamento e a

25 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 586-608.

conscientização dos grandes conflitos sociais; e) a resistência à legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, presente em determinado setor da doutrina e principalmente da jurisprudência – essa resistência, na verdade, é inconstitucional, pois a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos e interesses coletivos é a mais ampla dentre os legitimados (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, da CF) essa que decorre, na maioria das vezes, de uma visão distorcida do papel do Ministério Público no cenário brasileiro atual); e) a tímida atuação, com exceção do Ministério Público, dos demais legitimados ativos no direito processual coletivo comum, os quais não são responsáveis pelo ajuizamento certamente nem de 10% (dez por cento) das ações coletivas já propostas no Brasil, o que demonstra a fragilidade da democracia participativa no País; f) a ilegítima e inconstitucional resistência oferecida, mediante a elaboração arbitrária de medidas provisórias pelo Poder Executivo da União, o qual, postando-se na contramão da história de evolução dos canais jurisdicionais de tutela dos direitos fundamentais da sociedade, elaborou inúmeras medidas provisórias para tentar dificultar a tutela dos interesses massificados como as que foram publicadas para restringir os efeitos da coisa julgada coletiva e dificultar o ajuizamento de ações coletivas pelas associações legitimadas em face dos órgãos e entidades públicos; g) a equivocada compreensão dos Tribunais quanto aos direitos coletivos, especialmente quando negam legitimidade ao Ministério Público sustentando que os direitos individuais homogêneos disponíveis não podem ser tutelados por essa instituição, quando na realidade é patente o interesse social na tutela coletiva desses direitos ou interesses coletivos; h) a falta de estrutura organizacional do Poder Judiciário, que ainda não se especializou para o enfrentamento dos conflitos massificados, bem como não disponibilizou estrutura de apoio técnico e material necessários; i) a interpretação restritiva que vem recebendo a ação civil pública por parte da jurisprudência e pela doutrina, hoje já minoritárias, que não têm aceitado o controle difuso (incidental) da constitucionalidade pela via da ação civil pública; j) decisões judiciais e a postura do Governo Federal que têm procurado limitar o campo de aplicabilidade da ação civil pública, de forma a impedir que ela seja instrumento útil de tutela jurisdicional coletiva de questões tributárias, previdenciárias, etc., o que afronta o texto constitucional, que garante a tutela jurisdicional coletiva pela ação civil pública de forma irrestrita (art. 129, III e art. 5º, XXXV, da CF).

6 – CONCLUSÕES

Como citado nas linhas anteriores, muitas das atuações deficitárias do Poder Público resultam de uma visão autoritária e distorcida do Estado e seu

papel na sociedade. Deixar esse modo de pensamento prevalecer significa consentir com a ideia de um Estado apático e afastado da sociedade e de seus integrantes.

O Estado Democrático de Direito é caracterizado por seu potencial de transformação da realidade social, entendido como sendo, simultaneamente, um Estado da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo.

O direito é o meio. É a ponte que liga o Estado e a Sociedade. E os direitos coletivos são a base de sustentação desse caminho de ligação entre os dois polos.

Identificou-se neste artigo que os obstáculos à ascensão dos direitos coletivos, como direitos fundamentais, começam desde a formação do profissional de direito e estão muito presentes na visão de cunho liberal-individualista dos que lidam com essa área do conhecimento.

O fato de os direitos coletivos estarem inseridos na Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais faz surgir no País um novo constitucionalismo e exige uma leitura aberta e ampliada em torno da tutela coletiva, material e processual, própria da hermenêutica constitucional atual, comprometida não só com a proteção abstrata, mas principalmente com a concretização efetiva dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Impõe-se, assim, uma maior flexibilidade nas diretrizes da administração pública e na interpretação e concretização jurídica, para que esses direitos ganhem o espaço e a importância necessários, a fim de se constituir um caminho legítimo de real efetividade, orientado pelo princípio da transformação social, que caracteriza a função essencial do Estado Democrático de Direito na condição de Estado da Justiça Material (arts. 1º e 3º da CF/88).

Para tanto, o estudo, a reforma e a concretização dos direitos no Brasil deve levar em conta, de um lado, a nova *summa divisio* constitucionalizada (Título II, Capítulo I, da CF/88 – direito individual e direito coletivo) e, de outro, o *direito processual coletivo* como novo ramo do direito processual, onde sobressai o novo e inovador compromisso constitucional do Poder Judiciário com a efetivação do princípio da transformação social (arts. 2º e 3º da CF/88).

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p. 241-272,

- _____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* clássica direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*. Coimbra: Almedina, v. I, 1992.
- BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (Orgs.). *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.
- BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código-modelo de processos coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 121:132-140, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: 2002.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTY, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GIDI, Antonio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.
- _____. Código de processo civil coletivo – um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 111:192-208, 2003.
- _____. *Cosa julgada e litispendência em ações coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.
- GOMES Jr., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

70 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.) *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIAL Jr., Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 178. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 2000.

NERY Jr., Nelson. Entrevista concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao boletim informativo *MPMG Jurídico*, edição 3, dez. 2005 e jan. 2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: RT, 2004.

_____; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Antônio Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.